Die bundesstaatlichen Grundsätze über die Zulassung Landesfremder zu öffentlichen Aemtern und Staatsprüfungen im Deutschen Reich, in Oesterreich u. in der Schweiz.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der
Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Gerhard Münnich
Gerichtsreferendar, geb. zu Frankfurt-Oder.

Marburg 1933.

Buchdruckerei/Verlag J. Schmidt, Gelsenkirchen.

Die bundesstaatlichen Grundsätze über die Zulassung Landesfremder zu öffentlichen Aemtern und Staatsprüfungen im Deutschen Reich, in Oesterreich u. in der Schweiz.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der
Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Gerhard Münnich
Gerichtsreferendar, geb. zu Frankfurt-Oder.

Marburg 1933.

Buchdruckerei/Verlag J. Schmidt, Gelsenkirchen.

Von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Philipps-Universität zu Marburg als Dissertation angenommen am 8. Juli 1933.

Berichterstatter: Ministerialrat a. D. Professor Dr. jur. Dr. phil. F. Genzmer.

Meinen lieben Eltern
in Dankbarkeit gewidmet.

Schriftenverzeichnis.

Adamovich: Grundriß des österreichischen Staatsrechtes. Wien 1927.

Adamovich-Froehlich: Die österreichischen Verfassungsgesetze des Bundes samt Ausführungs- und Nebengesetzen. 3. Auflage. Wien 1931.

Affolter: Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts. Zürich 1905.

Aldag: Die Gleichheit vor dem Gesetz in der Reichsverfassung. Berlin 1925.

Anschütz: Die Verfassung des Deutschen Reichs. 3. Bearbeitung. 13. Aufl. Berlin 1930.

Anschütz: Die Verfassung des Deutschen Reichs. 1. Teil. 4. Bearbeitung. 14. Aufl. Berlin 1932.

Arndt: Die Verfassung des Deutschen Reiches. 3. Aufl. Berlin-Leipzig 1927.

Bloch: Das Niederlassungsrecht der Schweizer nach internem Bundesrecht, in der Zeitschrift für Schweizerisches Recht. Neue Folge 23. Band, Heft 3. Basel 1904.

Blumer: Handbuch des schweizerischen Bundesstaatsrechts. 1. Band. 3. Aufl. bearbeitet von Morel. Basel 1891.

Bornhak: Grundriß des deutschen Staatsrechts. 7. Aufl. Berlin 1926.

Brand: Art. 128—131: Rechte und Pflichten der Beamten in Nipperdey: Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung. 2. Band. Berlin 1930.

Brand: Beamtenrecht. Die Rechtsverhältnisse der preußischen Staats- und Kommunalbeamten. 3. Aufl. Berlin 1928.

Bredt: Der Geist der deutschen Reichsverfassung. Berlin 1924.

Bühler: Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung. Berlin 1914.

Burckhardt: Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874. 2. Aufl. Bern 1914.

van Calker: Grundzüge des deutschen Staatsrechts. 2. Aufl. München 1928.

Daniels: Begründung und Beendigung des Beamtenverhältnisses, im Handbuch des Deutschen Staatsrechts. 2. Bd. § 63. Tübingen 1931.

Duttweiler: Das Stimmrecht in der Schweiz. Züricher Dissertation. 1907.

Ebers: Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919. Berlin 1919.

Fleiner: Schweizerisches Bundesstaatsrecht Tübingen 1923.

Fleiner: Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts. 8. Aufl. Tübingen 1928.

v. Freytagh-Loringhoven: Die Weimarer Verfassung in Lehre und Wirklichkeit. München 1924.

Gebhard: Handkommentar zur Verfassung des Deutschen Reiches. München 1932.

Genzmer, Felix: Staat und Nation. Marburger akademische Reden. Nr. 47. Marburg 1929.

Genzmer, Felix: Artikel „Bundesstaat" im politischen Handwörterbuch. 1. Band. Leipzig 1923.

Gelhausen: Die Bedeutung der Landesangehörigkeit. Dissertation. Kiel 1925.

Giese: Die Verfassung des Deutschen Reiches. 4. Aufl. Berlin 1921.

Giese: Die Verfassung des Deutschen Reiches. 8. Aufl. Berlin 1931.

Giese: Deutsches Staatsrecht. (Lehrbuch). Berlin 1930.

Gmelin: Einführung in das Reichsverfassungsrecht. Leipzig 1929.

Hatschek: Deutsches und preußisches Staatsrecht. 2. Aufl. neubearbeitet von Kurtzig. Berlin. 1930.

Helfritz: Allgemeines Staatsrecht. 2. Aufl. Berlin 1928.

Heilfron: Die deutsche Nationalversammlung im Jahre 1919 in ihrer Arbeit für den Aufbau des neuen deutschen Volksstaates. Berlin 1919.

Hensel: Grundrechte und Rechtsprechung in: Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben.
Festgabe zum 50 jährigen Bestehen des Reichsgerichtes 1. Band. Oeffentliches Recht. Berlin 1929.

Hofacker: Die Auslegung der Grundrechte. Stuttgart 1931.

Holstein: Die beamtenrechtlichen Normen der Reichsverfassung und die Stellung der Geistlichen und Kirchenbeamten, im Archiv für öff. Recht Bd. 52. Tübingen 1927.

Hubrich: Das demokratische Verfassungsrecht des Deutschen Reiches. Greifswald 1921.

Jahrreiß: Die staatsbürgerliche Gleichheit. Im Handbuch des Deutschen Staatsr. Bd. 2. § 103. Tübingen 1931.

Jellinek, Georg: System der subjektiven öffentlichen Rechte. 2. Aufl. Tübingen 1919.

Jellinek, Georg: Allgemeine Staatslehre. 3. Aufl. Berlin 1920.

Jellinek, Walter: Verwaltungsrecht. 2. Aufl. Berlin 1929.

Kaufmann: Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 RV. in den Veröffentlichungen der Vereinig. Deutscher Staatsrechtslehrer, Heft 3, 1927.

Kelsen: Allgemeine Staatslehre. Berlin 1927.

Kelsen: Oesterreichisches Staatsrecht. Ein Grundriß, entwicklungsgeschichtl. dargestellt. Tübingen 1923.

Kelsen: Die Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreich. Wien und Leipzig.
1.—3. Teil 1919. 4. Teil 1920. 5. Teil 1922.

Kier: Die bundesstaatliche Gestalt Oesterreichs. In den Schweizerischen Monatsheften für Politik und Kultur.
9. Jahrgang. Heft 12. Zürich 1930.

Koch: Die Grundrechte in der Verfassung. In D. J. Z. 24. Jahrg. 1919. Spalte 609 ff. Berlin.

Köttgen: Das Deutsche Berufsbeamtentum und die parlamentar. Demokratie. Berlin und Leipzig. 1928.

Laband: Das Staatsrecht des Deutschen Reiches. 1. Band 2. Aufl. Freiburg 1888.

Lampert: Das schweizerische Bundesstaatsrecht. Zürich 1918.

Leibholz: Die Gleichheit vor dem Gesetz. 1925.

Leonhard: Auslegung und Auslegungsnormen. Marburger akadem. Reden. Nr. 37. Marburg 1917.

Loening: Artikel „Staatsämter" im politischen Handwörterbuch 2. Band. Leipzig 1923.

Mayer Otto: Deutsches Verwaltungsrecht. 3. Aufl. München Leipzig 1924.

Meißner: Das Staatsrecht des Reichs und seiner Länder, 2. Aufl. Berlin 1923.

Merkl: Die Verfassung der Republik Deutschösterreich. Wien-Leipzig 1919.

Meyer-Anschütz: Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts. 7. Aufl. München-Leipzig 1919.

Nawiasky: Bayrisches Verfassungsrecht. München 1923.

Nawiasky: Grundprobleme der Reichsverfassung. 1. Teil: Das Reich als Bundesstaat. München 1928.

Nawiasky: Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 RV. in den Veröff. d. Vergg. Deutscher Staatsr.-Lehrer. Heft 3, 1927.

Poetzsch: Handausgabe der Reichsverfassung vom 11. August 1919. 2. Aufl. Berlin 1921.

Poetzsch-Heffter: Handkommentar der Reichsverfassung. 3. Aufl. Berlin 1928.

Pohl: Artikel 112: Auswanderung, Auslandschutz, Auslieferung, in Nipperdey: Grundrechte und Grundpflichten der RV. 1. Band Berlin 1929.

Preuß: Deutschlands republikanische Reichsverfassung. 2. Aufl. 1923.

Preuß-Anschütz: Reich und Länder. Berlin 1928.

Sartorius: Die Aktivbürgerschaft und ihre politischen Rechte, im Handbuch des Deutschen Staatsrechts 1. Band § 24. Tübingen 1930.

Schätzel: Das deutsche Staatsangehörigkeitsrecht. Berlin 1928.

Schelcher: Der Rechtscharakter des neuen Deutschen Reiches. In Fischers Zeitschr. f. Verwaltungs.-Recht. 55. Band. Seite 105 ff. Leipzig.

Schmitt: Inhalt und Bedeutung des zweiten Hauptteils der Reichsverfassung. Im Handbuch d. deutschen Staatsr. 2. Band. § 101. Tübingen 1931.

Schmitt: Verfassungslehre. München-Leipzig 1928.

Schwartz: Das Recht der Staatsangehörigkeit in Deutschland und im Ausland seit 1914. In den rechtsvergl. Abhandlg. 1. Heft Berlin 1925.

Seipel: Der Kampf um die österreichische Verfassung. Wien-Leipzig 1930.

Smend: Verfassung und Verfassungsrecht. München-Leipzig 1928.

Stier-Somlo: Deutsches Reichs- und Landesstaatsrecht. Berlin-Leipzig 1924.

Stier-Somlo: Artikel 109: Gleichheit vor dem Gesetz. In Nipperdey: Grundrechte und Grundpflichten der RV 1. Band. Berlin 1929.

Strupp: Die Rechtsstellung der Staatsangehörigen und der Staatsfremden. Im Handbuch d. deutschen Staatsr. 1. Band § 23. Tübingen 1930.

Tackmann: Die Bedeutung der Artikel 110 Abs. 2 und 128 Abs. 1 der Weimarer Reichsverfassung usw. Dissertation. Marburg 1931.

Thoma: Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der Deutschen Reichsverf. im allgemeinen.
In Nipperdey: Grundrechte und Grundpflichten der RV. 1. Band Berlin 1929.

Triepel: Quellensammlung zum deutschen Reichsstaatsrecht. 5. Aufl. 1922.

Triepel: Goldbilanzverordnung und Vorzugsaktien. 1924.

Waldecker: Deutsches Verfassungsrecht. Breslau 1926.

Waldecker: Die Verfassung des Freistaates Preußen. 2. Aufl. Berlin 1928.

Waldert: Das österreichische Heimat- und Staatsbürgerrecht. Wien 1926.

Waldhausen: Bundesstaatsbegriff und österreichische Bundesrepublik. Dissertation. Marburg 1932.

Walz: Staatsrecht. 1931.

Wittmayer: Die Weimarer Reichsverfassung. Tübingen 1922.

Wittmayer: Artikel 110: Staatsangehörigkeit. In Nipperdey: Grundrechte und Grundpflichten der RV 1. Band. Berlin 1929.

Woeber-Fischer: Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetz. 4. Aufl. München 1928.

Wolfstieg: Das Beamtenreichsrecht nach dem Inkrafttreten der Reichsverfassung vom 11. 8. 1919. Berlin 1921.

Zorn: Das Staatsrecht des Deutschen Reiches. 2. Aufl. Berlin 1897.

Abkürzungen:

Archiv des öffentlichen Rechts. (Archiv).

Berichte und Protokolle des achten Ausschusses über den Entwurf einer Verfassung des Deutschen Reichs. (Prot. Verf. A.)

Deutsche Juristen Zeitung. (D. J. Z.)

Die juristische Ausbildung in Preußen. Zusammenstellung der Gesetzes- und Verwaltungsvorschriften usw. 3. Aufl. Berlin 1926. (Jur. Ausbild. Vorschr.)

Entscheidungen des preußischen Oberverwaltungsgerichtes (OVG.)

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. (RGZ).

Fischers Zeitschrift für — Praxis und Gesetzgebung der Verwaltung — Verwaltungsrecht. (Fischers Zeitschr.)

Justizministerialblatt. (JMBl.)

Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer. (Veröffentlichgn.)

Zeitschrift für badische Verwaltung. (Zf. Bad. Verw.)

Zeitschrift für Beamtenrecht. (Z. f. Beamtenr.)

Inhalts-Uebersicht.

§ 1.

Während es im Einheitsstaate nur den Gegensatz zwischen Staatsangehörigen und Ausländern gibt, ist im Gliedstaat eines Bundesstaates grundsätzlich ein Unterschied nach drei Seiten hin zu machen. Der Staatsgewalt der Gliedstaaten entsprechend gibt es eine eigene Staatsangehörigkeit im Gliedstaat, die man häufig „Landesangehörigkeit" nennt, weil die Gliedstaaten als Länder bezeichnet zu werden pflegen. Den „Landesangehörigen" stehen die „Landesfremden", nämlich die Angehörigen der übrigen Gliedstaaten, gegenüber. Die letzte Gruppe bilden die Ausländer, also die „Bundesfremden".

In unserer Aufgabe beschäftigt uns nur das Verhältnis zwischen Landesangehörigen und Landesfremden; die Ausländer bleiben aus unserer Betrachtung fort. Der Unterschied zwischen der Rechtsstellung der Landesangehörigen und der Landesfremden innerhalb eines Gliedstaates wird entsprechend der Neigung des Bundes zum Föderalismus oder zum Unitarismus bald stärker, bald schwächer hervortreten. Hier soll untersucht werden, ob der landesfremde Deutsche, Oesterreicher oder Schweizer bei der Zulassung zu öffentlichen Aemtern und Staatsprüfungen eines Gliedstaates den landesangehörigen rechtlich gleichgestellt ist oder nicht.

Unter einem „öffentlichen Amt" i. w. Sinne versteht man einen durch das öffentliche Recht abgegrenzten Kreis von Geschäften, die vom Staate oder einer sonstigen öffentlich-rechtlichen Person einem Einzelnen oder einer Personenmehrheit übertragen werden [1]). In unserer Darstellung jedoch soll der Begriff etwas enger gefaßt werden. Unter „öffentlichen Aemtern" sind hier die in den Ländern vorhandenen Staatsämter verstanden, die in der Regel mit Beamten d. h. solchen Personen besetzt werden, die durch den öffentlich-rechtlichen Akt der Anstellung in ein besonderes durch Disziplinarmittel verstärktes Gewaltverhältnis zum Staate treten [2]). Die Frage, ob Landesfremde zu öffentlichen Aemtern zuzulassen sind, deckt sich also mit der Frage, ob Landesfremde unter den gleichen Voraussetzungen wie die Landesangehörigen im Landes-Staatsdienst angestellt werden müssen. Staatsprüfungen sind solche Prüfungen, die vor staatlichen Prüfungsämtern oder -ausschüssen abgelegt werden. Es fallen hierunter vor allem die Prüfungen nach Abschluß des Hochschulstudiums, wie die Prüfung für das höhere Lehramt, die Prüfungen für Aerzte und Zahnärzte und die erste juristische Staatsprüfung. Ihr Bestehen ist meistens Voraussetzung für die Anstellung im Staatsdienst.

1) vgl. Laband, Staatsrecht I. Band 2. Aufl. S. 338.
2) Fleiner, Institutionen S. 155 ff.

Wenn in der vorliegenden Arbeit eine vergleichende Betrachtung gerade des deutschen, österreichischen und schweizerischen Rechts angestellt wird, so ist dies aus verschiedenen Gründen gerechtfertigt. Zunächst sind alle drei Staaten, sowohl das Deutsche Reich, wie auch Oesterreich und die Schweiz der Verfassung nach nicht Einheitsstaaten, sondern Bundesstaaten [3]). Es begegnet uns daher sowohl in den deutschen Gliedstaaten wie in denen Oesterreichs und der Schweiz der Gegensatz zwischen Landesfremden und Landesangehörigen. Auch in der Staatsform sind sich alle drei Staaten gleich; sie sind demokratische Republiken. Räumlich grenzen diese Staaten aneinander und bilden das Herz Europas. Den Hauptgrund für eine Vergleichung gerade dieser drei Rechte aber bildet die Gleichartigkeit dieser Staaten in völkischer Hinsicht. Ihr Volk gehört, abgesehen von den romanischen Volksteilen der Eidgenossenschaft, zum deutschen Stamme. Nach der früheren gemeinsamen Geschichte und Kultur ergeben sich viele Anknüpfungspunkte bis zur Gegenwart, die sich auch in den Verfassungen haben auswirken müssen.

Aus der Verfassung oder dem Verfassungs-Gesetze des Bundes [4]) werden sich die Grundsätze entnehmen lassen, die der Bund für die Gesetzgebung und Vollziehung in den Gliedstaaten über die Zulassung Landesfremder zu öffentlichen Aemtern und Staatsprüfungen aufgestellt hat. Den drei Rechten entsprechend wird in der Darstellung eine Dreiteilung vorgenommen. Wir untersuchen in unserm ersten Teil, welche Grundsätze die Weimarer Verfassung aufstellt. In einem zweiten und dritten Teil folgt das österreichische und das schweizerische Recht.

Erster Teil: **Das deutsche Recht.**

§ 2.

Rechtssätze, die ausdrücklich verbieten, die Landesangehörigkeit für die Zulassung zu Staatsprüfungen und Ernennung zum Landesbeamten zur notwendigen Voraussetzung zu machen, finden sich im ersten Hauptteil, dem organisatorischen Teil der Weimarer Reichsverfassung, nicht. Es bedarf einer Untersuchung, ob sich nicht im Wege der Auslegung aus Sätzen des zweiten Hauptteils, dem Grundrechtsteil der Reichsverfassung, ein derartiges Verbot für die Gesetzgebung und Vollziehung der Länder ergibt. Eine solche Bindung kann dann nicht bestehen oder nur in ganz beschränktem Umfange vorhanden sein, wenn man die grundrechtlichen Verfassungssätze nur als eine Vielheit von Bestätigungen, Beteuerungen, Programmen und Proklamationen auf-

3) Inwieweit dies für Oesterreich zutrifft, siehe unten im Zweiten Teil.

4) Es sind dies: 1. Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 14. August 1919. 2. Das Gesetz vom 1. Oktober 1920, womit die Republik Oesterreich als Bundesstaat eingerichtet wird (Bundes-Verfassungsgesetz). 3. Die Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874.

faßt, oder sogar in ihnen nur eine Sammlung schöner, aber unverbindlicher Phrasen sieht, denen nur ganz ausnahmsweise und nur in bescheidenem Maße unmittelbar verbindliche Rechtsnormen zu entnehmen sind [1]). Diese Ansicht wurde kurz nach Schöpfung der Weimarer Reichsverfassung von verschiedenen Seiten vertreten [2]). Auch Hugo Preuß gehört hierzu. Er spricht davon, daß der zweite Hauptteil der Reichsverfassung nur eine Reihe unmittelbar anwendungspflichtiger Rechtssätze enthalte, in der Mehrzahl der Fälle jedoch nur „Wechsel auf die Zukunft" ziehe [3]).

In der Folge setzte sich aber die heute herrschende Auffassung durch. Sie nimmt eine allgemeine Vermutung dahin an, daß jedem Verfassungssatz im Zweifel der Charakter eines wirksamen Rechtssatzes zukomme, der irgend ein Rechtssubjekt berechtigt oder verpflichtet oder beschränkt, mag es nun ein „unterstaatliches" Rechtssubjekt sein, oder der Staat selbst [4]).

Nur wenn man dieser Auffassung folgt, die in den Grundrechtsbestimmungen Rechtssätze mit unmittelbaren Rechtsfolgen und nicht bloß „Rechtsgrundsätze" sieht, rechtfertigt sich unsere Untersuchung des zweiten Hauptteils der Reichsverfassung, ob hierin für die Länder ein Verbot der unterschiedlichen Behandlung zu finden ist. Es können hier von Bedeutung sein die in den Art. 109 Abs. 1, 128 Abs. 1, und 110 Abs. 2 der Reichsverfassung enthaltenen Grundsätze. Diese Artikel sind zu untersuchen und auszulegen.

Der Einwand könnte erhoben werden, daß ja bereits in den Landesverfassungen Rechtssätze enthalten seien, die den Ländern selbst Schranken in dieser Richtung ziehen. Ein Eingehen auf entsprechende Bestimmungen der Reichsverfassung erübrige sich daher.

In den Ländern finden sich solche Bestimmungen z. B. in Artikel 77 pr. VU:

> „Zu Staatsbeamten können alle Reichsangehörigen .... bestellt werden, wenn sie die Befähigung für das Amt besitzen."

Die bayrische Verfassungsurkunde § 68, I verlangt für jedes öffentliche Amt mindestens fünfjährige Reichsangehörigkeit. Auch das bayrische Beamtengesetz erforderte von früher her (Ges. v. 16. 8. 1908.) nicht Landesangehörigkeit, sondern Reichsangehörigkeit der bayrischen Beamten.

Hierauf ist zu erwidern:

Zunächst ist eine derartige Regelung nicht in allen Landesverfassungen zu finden. Eine Prüfung wäre also für diese Fälle nötig.

---

1) vgl. Urt d. Bad. Verwaltungsger.-Hofes v. 25. Okt. 21 abgedr. in Z. f. Bad. Verw. 1921 S. 203.

2) Koch, in DJZ. Jahrgg 1919 Spalte 609 ff;

3) Preuß, Deutschl. republ. RV S. 95.

4) u. a. Anschütz 3. Bearb. Komm. S. 445; Hensel, in Festgabe S. 3 ff; Thoma, in Nipperdey B. I. S. 4; Smend, Verfassung, S. 161 ff.

Geregelt ist hier nur die Frage der Bestellung zum Staatsbeamten, nicht aber die Frage der Zulassung zu den Staatsprüfungen.

Außerdem besteht die Möglichkeit, daß die Länder derartige Verfassungsbestimmungen, erforderlichenfalls mit qualifizierter Mehrheit, ändern. Ausschlaggebend aber bleibt, daß dort, wo das Reich eine Materie geregelt hat und darauf soll sich ja unsere Prüfung der Grundrechtssätze erstrecken , für die Landesverfassungen kein Platz mehr ist, auch wenn sie dasselbe feststellen wie die Reichsverfassung.

Bei der nun folgenden Prüfung der hier in Frage kommenden Grundrechtssätze brauchen wir nicht lange zu untersuchen, ob diese Artikel unmittelbar geltendes anwendungspflichtiges Recht darstellen, da dies für diese Artikel kaum bestritten ist. Den besonderen Inhalt müssen wir durch Auslegung ermitteln. Zunächst bedarf das einzelne Wort einer Deutung nach den Regeln der Sprache und des Lebens; es ist also der Wortlaut zu prüfen. Dann ist der geschichtliche Sinn zu ergründen, insbesondere ist der Entstehungsgeschichte der einzelnen Artikel nachzugehen. Hierneben wird der systematische Zusammenhang der zu prüfenden Artikel mit anderen Artikeln von Bedeutung sein, insbesondere sind die Grundgedanken der Reichsverfassung zu beachten.

Die Gründe sind einzeln gegeneinander abzuwägen, ohne einem der genannten Maßstäbe allgemein den Vorrang einzuräumen [5]).

§ 3.

Ein Land, welches nur Landesangehörige zu seinen Staatsprüfungen zuläßt und im Staatsdienst anstellt, würde eine Bevorzugung der eigenen Landesangehörigen vor den Landesfremden vornehmen und damit eine Rechtsungleichheit schaffen.

Schon der erste Absatz des Artikels 109, mit dem der zweite Hauptteil der Reichsverfassung beginnt, stellt fest:

„Alle Deutschen sind vor dem Gesetze gleich.“

In der deutschen Staatsrechtswissenschaft ist man über den Umfang und die Bedeutung dieses Satzes verschiedener Meinung. Die eine Ansicht lehnt es ab, daß durch Art. 109,I RV neben Rechtsprechung und Verwaltung auch der Gesetzgeber gebunden sei. Die andere nimmt in mehr oder weniger beschränktem Umfange eine Bindung auch des Gesetzgebers an. Da eine ungleiche Behandlung von Landesfremden gegenüber den Landesangehörigen nicht nur in einer Verordnung und einem Verwaltungsakt, sondern auch in einem Landesgesetz vorgenommen werden kann, bedarf es eines kurzen Eingehens darauf, welcher dieser Ansichten beizutreten ist.

---

5) vgl. Leonhard, Auslegungsnormen S. 1 ff.; Thoma in Nipperdey Bd. I. S. 13/14.

Zunächst wurde in der deutschen Staatsrechtspraxis und Wissenschaft einheitlich die Ansicht vertreten, daß „Gleichheit vor dem Gesetz" nur Gleichheit vor dem Richter und der Verwaltung bedeute [1]). Zu ihr bekennt sich insbesondere Anschütz [2]). Er begründet seine Ansicht zunächst mit dem Wortlaut der Bestimmung. „Vor" dem Gesetz heißt angesichts des Gesetzes. Nicht in Art. 109,I RV sondern in den beiden nächsten Absätzen und in vielen anderen Bestimmungen des ersten und des zweiten Hauptteils (Art. 22, 17, 110, II, 128, I usw.) sei der Rechtsgleichheitsgedanke enthalten. Auch die Geschichte spreche für eine solche Auslegung. In Art. 4 der preußischen Verfassung von 1850 hieß es:

„Alle Preußen sind vor dem Gesetze gleich."

Man sah darin immer nur eine Norm für die Rechtsanwendung, nicht für die Rechtssetzung. Von einem Bedeutungswandel, [3]) den der Gleichheitssatz durch die Aenderung der verfassungsrechtlichen Grundlagen erfahren habe, könne man nicht sprechen. Würde man in dem Art. 109,I RV auch eine Schranke für den Gesetzgeber sehen, so wären die Folgen einer solchen Auslegung schließlich nur die, daß man den einen „Absolutismus" durch einen anderen, den des Gesetzgebers durch den des Richters ersetzen würde [4]).

In neuerer Zeit wurde durch Triepel die Lehre von der Bindung des Gesetzgebers durch Art. 109 Absatz 1 RV aufgestellt [5]). Er drückt dies dahin aus, daß Art. 109,I RV nicht weniger bedeute als „das Verbot differentieller Behandlung von Tatbeständen, die ...... gleichmäßig behandelt werden müssen." Es kann natürlich immer nur eine relative, keine absolute Gleichbehandlung gemeint sein.

Diese Ansicht dürfte heute mit mehr oder weniger geringen Abweichungen trotz der im Gegensatz hierzu stehenden Rechtsprechung des Staatsgerichtshofes in der Literatur am häufigsten vertreten sein und von der Mehrzahl aller Staatsrechtslehrer gebilligt werden [6]). Dieser Meinung ist beizutreten; denn die hiergegen vorgebrachten Gründe lassen sich widerlegen.

Wenn man vorbringt, es habe doch keinen Sinn, den Gesetzgeber ganz allgemein zu binden und dann noch einmal nach bestimmten Richtungen, so ist diese Beweisführung nicht schlüssig. — Der Wert der Sonderbestimmungen liegt eben darin, daß sie den Grund-

---

1) vgl. bei Thoma in Nipperdey Bd. I. S. 22 Anm. 8.

2) Anschütz, Komm. 3. Bearb. S. 460 ff; Giese, Komm. 8. Aufl. S. 246; Hofacker, Auslegung der Grundr. S. 17 ff; Hatschek, Staatsr. I. Bd. 2. Aufl. S. 243.

3) so Leibholz, Gleichheit v. d. Ges. S. 15.

4) Anschütz, Komm. 3. Bearb. S. 466.

5) Triepel, Goldbilanzverordg. S. 26.

6) vgl. die Stellungnahmen in den Veröff. d. Ver. Deutsch. Staatsrechtsl. Heft 3 Berlin 1927 S. 1 ff. Auch Leibholz, Gleichh. v. d. Ges. S. 87; Aldag, Gleichh. v. d. Ges. S. 51; Nawiasky, Bayr. V. R. S. 261; Holstein, Archiv, NF 11. Bd. S. 1 ff; Jellinek, Walter, Verwaltgsr. S. 154; Poetzsch-Heffter, Handkomm. S. 399. a. A. Staatsgerichtshof, vgl. Lammers-Simons, Rechtspr. d. Staatsg.-Hofs Bd. 1 S. 168 f.

satz entweder einengen oder erweitern. — Selbst wenn man zugeben wollte, daß Art. 4 der pr. Verfassung von 1850 nicht als Bindung des Gesetzgebers aufgefaßt wurde, [7]) so ließe sich dagegen sagen, daß die Weimarer Reichsverfassung in dieser Hinsicht doch weniger Anlehnung an die alte preußische Verfassung als an die alte deutsche Verfassung von 1848 und vor allem an die demokratischen Verfassungen des Auslandes gesucht hat. Die Begründung des Rechtsgleichheitssatzes auf Naturrecht [8]) dürfte allerdings abzulehnen sein, denn mit einer naturrechtlichen Geltung des Gleichheitssatzes legen wir uns selbst Fesseln auf; rechtspolitisch können wir dann ja garnichts machen [9]). Den genannten formaljuristischen Begründungen dürfte jedoch grundsätzlich zuzustimmen sein [10]).

Eine eingehendere Behandlung dieses Streites um die Auslegung des Art. 109,I RV würde über den Rahmen dieser Arbeit hinausgehen. Es muß uns genügen, daß wir die Streitfrage hervorgehoben und uns für eine der beiden Ansichten mit kurzer Begründung entschieden haben.

Bekannten wir uns somit zu der Auffassung, daß Art. 109,I RV auch ein Gebot an den Gesetzgeber enthält, so kann dieser Artikel doch nur in geringem Umfange für unsere Frage von Bedeutung werden. Gewiß darf der Artikel nicht eng ausgelegt werden, vielmehr bedeutet der Ausdruck „Gesetz" hier Rechtssatz überhaupt. Als das oberste verfassungsmäßige Recht eines jeden Deutschen wird die Rechtsgleichheit anerkannt. Der Gesetzgeber ist bei der Aufstellung neuen Rechtes an diesen Artikel gebunden, der Richter und der Verwaltungsbeamte haben darüber zu wachen, daß bei der Auslegung der Gesetze und der Betätigung des freien Ermessens alle Deutschen gleich behandelt werden. Aber es müssen gewisse erhebliche Unterschiede zwischen den Menschen auch im Recht Berücksichtigung finden. Denn die Gleichbehandlung von Ungleichem würde ja selbst wieder zur Ungerechtigkeit. Es liegt also das ganze Problem der Rechtsgleichheit darin, welche natürlichen und tatsächlichen Unterschiede als rechtlich erheblich gelten dürfen und welche nicht. Ob die Landesangehörigkeit im deutschen Recht als erheblicher Unterschied angesehen werden kann, läßt sich aus Art. 109,I RV nicht entnehmen. In dieser Hinsicht bleibt er immer der allgemeine Grundsatz, dessen Anwendbarkeit durch Sonderbestimmungen ausgeschlossen wird. „Diese Sonderbestimmungen müssen dann allerdings geltendes Recht, nicht nur Programmsatz sein und eine erschöpfende Regelung der darin betroffenen Angelegenheiten enthalten. Soweit eine Sonderbestimmung nicht alle Zweifel in der von ihr angeschnittenen Frage löst, tritt ihr der allgemeine Gleichheitssatz zur Seite und füllt kraft des ihm innewohnenden in sich unbeschränkten Geltungsanspruchs alle entstehenden Lücken aus." [11]) In-

7) was garnicht unbestritten war, vgl. Aldag, a. a. O. S. 10 ff.
8) so Kaufmann, in den Veröffentlichungen S. 1 ff.
9) so Anschütz, in den Veröffentlichungen S. 1 ff.
10) vgl. Anmerkg. 6 oben.
11) Aldag, Gleichheit v. d. Ges. S. 101 ff.

wiefern der Artikel 109,I RV als Rechtsgleichheitssatz bei der Prüfung der Sonderbestimmungen in diesem Falle von Bedeutung werden kann, muß sich unten zeigen.

§ 4.

Rein äußerlich schon tritt eine Sonderbestimmung hervor, die geeignet erscheint, eine Entscheidung der von uns hier zu prüfenden Frage zu bringen. Artikel 128,I RV bestimmt:

„Alle Staatsbürger ohne Unterschied sind nach Maßgabe der Gesetze und entsprechend ihrer Befähigung und ihren Leistungen zu den öffentlichen Aemtern zuzulassen."

Die strenge Fassung des Artikels „sind . . . zuzulassen" läßt erkennen, daß damit unmittelbar geltendes anwendbares Recht geschaffen werden sollte [1]).

Ueber die Bedeutung dieses Artikels gehen im Schrifttum die Meinungen auseinander. Insbesondere herrscht Streit über die Auslegung der Worte „Alle Staatsbürger". Darüber ist man sich wohl einig, daß diese Bestimmung nicht eigentlich die Staats„bürger", sondern allgemein die Staats„angehörigen" betrifft. Es sind also nicht etwa nur die gemeint, denen politische Rechte zustehen [2]).

Bestritten wird aber, insbesondere von Nawiasky, daß Art. 128, I RV die Gleichstellung aller Reichsangehörigen bei Verleihung der Landesämter festlegt [3]). Nach ihm soll in Artikel 128, I das Verhältnis der Landesangehörigen zu den Landesfremden gar nicht berührt werden. Der Ausdruck „Staatsbürger" beziehe sich für die Reichsämter auf die Reichsangehörigen, für die Landesämter auf die Landesangehörigen. Mit der Bestimmung des Art. 128,I RV habe der Gesetzgeber lediglich zum Ausdruck bringen wollen, daß bei der Beamtenanstellung auch in Zukunft Fähigkeiten und Leistungen den Ausschlag unter den Bewerbern geben sollten.

Er begründet seine Ansicht damit, daß nach der sonstigen „Textierung" in der Reichsverfassung auch hier von Reichsangehörigen oder Deutschen, nicht aber von Staatsbürgern hätte gesprochen werden müssen [4]). Diese Begründung ist wenig einleuchtend.

Vergleichen wir daraufhin Art. 128,I RV mit benachbarten Artikeln der Reichsverfassung, so stellen wir entgegen Nawiasky fest, daß die Worte „jeder Deutsche", „alle Deutschen", „alle Staatsbürger" oft im gleichen Sinne gebraucht werden und nicht so genau gewogen werden dürfen [5]).

---

1) Giese, Komm. 8. Aufl. S. 273; Wolfstieg, Beamtenreichsr. S. 39.
2) vgl. Nawiasky, Bayr. V. R. S. 273.
3) Nawiasky. Bayr. VR. S. 263; ders. Grundprobleme S. 52; bis zur 4. Aufl. seines Kommentars auch Giese S. 294.
4) Nawiasky, Bayr. VR. S. 264.
5) Woeber-Fischer, R. u. Staatsang. Ges. S. 17.

Im Art. 134 RV ist unter den Worten „alle Staatsbürger" auch „jeder Deutsche" zu verstehen [6]). Art. 132 RV lautet wieder:

> „Jeder Deutsche hat nach Maßgabe der Gesetze die Pflicht zur Uebernahme ehrenamtlicher Tätigkeiten."

Streng genommen müßte man hier statt „jeder Deutsche" wieder „alle Staatsbürger" sagen, denn in beiden Artikeln – 128, I und 132 RV — werden ähnliche Fälle geregelt [7]). Läßt man durch Artikel 132 RV alle Reichsbürger gleicherweise in Reich und Ländern zur ehrenamtlichen Tätigkeit zu, so kann man auch nicht in Art. 128, I RV für das berufliche Beamtenverhältnis in Reichsbürger und Landesbürger scheiden.

Unsere Auslegung: „Alle Staatsbürger bedeutet soviel wie jeder Deutsche," findet ihre Stütze außerdem in der Geschichte des Instituts und der Entstehungsgeschichte des Artikels. Vorbild für Art. 128,I RV war Art. 4 Satz 3 der preußischen Verfassung von 1850. Er lautete:

> „Die öffentlichen Aemter sind unter Einhaltung der von den Gesetzen festgestellten Bedingungen für alle dazu Befähigten gleich zugänglich."

Er war Vorbild zunächst insofern, als auch jetzt Fähigkeiten und Leistungen den Ausschlag unter den Bewerbern geben sollten. Das Wort „Staatsbürger" jedoch war in ihm gar nicht enthalten, es konnte daher auch nicht übernommen werden. Der preußische Staat von 1850 war ein Einheitsstaat; das Weimarer Reich ist ein Bundesstaat [8]). Es läßt sich sehr wohl annehmen, daß mit den neu hinzugefügten Worten eine Anpassung an die veränderten Rechtszustände vorgenommen werden sollte, insbesondere deshalb, weil der gleiche Gedanke einer unterschiedslosen Behandlung aller Deutschen, soweit sie die sonstigen Voraussetzungen für die Aemterzulassung erfüllten, bereits in Artikel 3 der alten RV zum Ausdruck gebracht worden war. Hier war bestimmt:

> „Für ganz Deutschland besteht ein gemeinsames Indigenat mit der Wirkung, daß der Angehörige (Untertan, Staatsbürger) eines jeden Bundesstaates in jedem anderen Bundesstaate als Inländer zu behandeln und demgemäß zum festen Wohnsitze, zum Gewerbebetriebe, zu öffentlichen Aemtern, zur Erwerbung von Grundstücken, zur Erlangung des Staatsbürgerrechts und zum Genusse aller sonstigen bürgerlichen Rechte unter denselben Voraussetzungen wie der Einheimische zuzulassen, auch in betreff der Rechtsverfolgung und des Rechtsschutzes denselben gleich zu behandeln ist."

Für die Entstehungsgeschichte ist von Bedeutung, daß Art. 128,I RV der Initiative des Verfassungsausschusses entsprang [9]). Man kann da-

6) Anschütz, Komm. 3. Bearb. S. 535.
7) Tackmann, Dissertation S. 37.
8) Dies wird sich unten zeigen in § 6.
9) Ebers, Verfassung S. 72.

her den einzelnen Worten noch weniger Bedeutung zumessen, als wenn sie im ersten Entwurf schon gewählt worden wären [10]).

Wenn man mit Art. 128,I RV einen Satz in die Verfassung hätte hineinbringen wollen, nach dem Landesämter allein den Landesangehörigen vorzubehalten sind, so wäre dies bestimmt klar zum Ausdruck gebracht worden. Die Protokolle des Verfassungsausschusses und des Plenums enthalten nicht eine einzige Bemerkung darüber, daß das Wort „Staatsbürger" mit besonderem Bedacht gewählt sei [11]).

Die Worte „ohne Unterschied" in Art. 128,I RV beziehen sich auf „alle Staatsbürger," nicht etwa auf die folgenden Worte „nach Maßgabe der Gesetze." Dies geht aus der Stellung des Zeitwortes „sind" hervor. Durch eine solche Ausdrucksweise des Gesetzes „alle Staatsbürger ohne Unterschied" wird unsere Auslegung des Artikels nur bestätigt [12]).

Die einzelnen Länder werden hierdurch nicht gehindert, die Bedingungen für die Zulassung zu den Aemtern beliebig zu regeln, insbesondere allgemeine Erfordernisse hinsichtlich Befähigungen und Leistungen des einzelnen Bewerbers aufzustellen. Verfassungswidrig wäre es nur, wenn die allgemeinen Bedingungen für Angehörige besonderer Stände, anderer Religionen oder anderer deutscher Länder erschwert würden. *Tatsächliche* Ungleichheiten, die sich aus gleichen Bedingungen für verschiedene Gruppen von Bewerbern ergeben, sind nicht zu verhindern und verstoßen auch nicht gegen den Sinn des Art. 128,I RV. So würde das Bestehen der Staatsprüfung im Lande selbst als Voraussetzung der Anstellung im Staatsdienst nur eine rein *tatsächliche* Erschwerung für landesfremde Reichsdeutsche darstellen. Kein Land braucht z. B. die Referendarprüfung eines anderen Landes als vollwertig für die Ernennung zum Referendar in seinem Lande anzuerkennen, abgesehen natürlich von den Fällen, wo Staatsverträge hierüber abgeschlossen sind. Auch die Ernennung zum Beamten von einem längeren Wohnsitze im Lande abhängig zu machen, ist den Ländern erlaubt [13]).

Als Ergebnis unserer bisherigen Untersuchungen können wir feststellen: Artikel 128,I RV ist dahingehend auszulegen, daß in ihm *jedem Deutschen* die Zulassung zu den öffentlichen Aemtern im Reich und in den Ländern gewährleistet wird [14]).

---

10) Tackmann, Diss. S. 36.

11) Gelhausen, Diss. S. 102 f.

12) vgl. z. B. Stier-Somlo, R. u. L. Staatsr. S. 475.

13) ebenso Gelhausen, Diss. S. 113.

14) ebenso Wolfstieg, Beamtenreichsr. S. 38; Giese Komm. 8. Aufl. S. 273; Schwartz, in den Rechtsvergl. Abhandl. 1. Heft 1925 S. 164; Brand, in Nipperdey Bd. 2 S. 219; Schmitt, Verfassungsl. S. 256. Woeber-Fischer, R. u. Staatsangeh. Ges. S. 17; Gebhard, Handkomm. S. 455, 485; Walz, Staatsr. S. 268; Wittmayer, in Nipperdey Bd. 1 S. 225; Loening, im Pol. Handw. Bd. 2. S. 671.

Ein subjektiv-öffentliches Recht auf Ernennung zum Beamten gibt Art. 128,I RV nicht. Er gewährt aber einen Anspruch auf die Gleichmäßigkeit der Zulassung, d. h. darauf, daß die Bedingungen für die Aemtererlangung für alle Deutschen grundsätzlich dieselben sein müssen [15]). Darin liegt also ein weiteres. Auch bei den Vorbedingungen für ein Amt soll die Gleichmäßigkeit der Zulassung Grundsatz sein. Vorbedingung für die Zulassung zum öffentlichen Dienst ist in vielen Fällen eine Staatsprüfung. Bei weiterer Auslegung ergibt sich somit schon aus Art. 128,I RV, daß landesfremde Reichsdeutsche demnach auch zu den Staatsprüfungen unter denselben Voraussetzungen zugelassen werden müssen, wie die eigenen Landesangehörigen.

Vorschriften der Länder, welche die Zulassung zu den Staatsprüfungen des Landes und die Anstellung im Staatsdienst von dem Besitze der Landesangehörigkeit abhängig machen, verstoßen demnach gegen Art. 128,I RV.

§ 5.

Eine andere Ansicht glaubt, die Gleichstellung aller Deutschen bei der Zulassung zu den öffentlichen Aemtern allein aus Art. 128,I RV nicht ableiten zu können. Sie stellt vielmehr eine Verbindung her mit Art. 110,II RV und verknüpft beide Artikel miteinander. [1]) Sie erklärt, „daß Art. 128,I RV seinem ganzen geschichtlichen und systematischen Sinnzusammenhang nach nur in Verbindung mit Art. 110,II RV dahin auszulegen sei, daß in ihm zugleich etwas Negatives ausgedrückt werde, nämlich das Verbot, andere als auf Leistung und Befähigung bezügliche Gesichtspunkte, z. B. die Landesangehörigkeit bei der Zulassung zum Beamtendienst maßgebend sein zu lassen.“

Durch diese Ansicht werden wir auf die wichtige im Art. 110,II RV enthaltene Bestimmung hingewiesen. Der Artikel lautet:

> „Jeder Deutsche hat in jedem Lande des Reichs die gleichen Rechte und Pflichten wie die Angehörigen des Landes selbst.“

Eine eingehende Untersuchung dieses Artikels ist auch aus anderen Gründen bedeutsam. Wir hatten vorher gesehen, daß nach Nawiasky der Art 128,I RV den Ländern nicht verbietet, den Besitz der Landesangehörigkeit bei der Anstellung im Staatsdienst und der Zulassung zu den Staatsprüfungen zur Voraussetzung zu machen. Es wäre möglich, daß er auf dem Wege über Art. 110,II RV zu einem anderen Ergebnis gelangt.

15) so Wolfstieg, Beamtenreichsr. S. 39.

1) vgl. Holstein, Archiv, NF. Bd. 13, S. 182; Strupp, in Handbuch d. D. St. R. Bd. 1 S. 275; Meißner; Staatsr. S. 279; Aldag, Gleichheit v. d. Ges. S. 102; Waldecker, pr. V. S. 210; Koettgen, Berufsbeamtent. S. 128.

Andererseits hatten wir Art. 128,I RV so weitgehend ausgelegt, daß aus ihm auch das Recht auf gleichmäßige Zulassung zu den Staatsprüfungen zu folgern war. Will man dieser Auslegung nicht zustimmen, so bleibt zu prüfen, ob dieses Recht auf gleichmäßige Zulassung zu den Staatsprüfungen nicht vielleicht aus Art. 110,II RV zu entnehmen ist.

Da dieser Artikel unmittelbar geltendes anwendungspflichtiges Recht darstellt [2]), wie sich schon aus seiner Fassung ergibt, stehen seiner Prüfung keine Bedenken gegenüber.

§ 6.

Ueber die Bedeutung, die diesem Satz der Reichsverfassung zukommt, gehen die Ansichten weit auseinander.

So wird behauptet, daß durch Art. 110,II RV der Begriff der Staatsangehörigkeit für die Länder völlig aufgehoben sei. Nach v. Freytagh-Loringhoven „hat die Zugehörigkeit des einzelnen Reichsdeutschen zu diesem oder jenem Lande jede Bedeutung eingebüßt" [1]).
Dasselbe sagt Poetzsch-Heffter mit den Worten: „Jetzt gibt es eine Staatsangehörigkeit im eigentlichen Rechtssinne für die Länder nicht mehr. Durch Art 110,II RV wird der Begriff eines besonderen Staatsvolkes in den Ländern abgelehnt" [2]).

Folgt man dieser Ansicht, so würden Vorschriften der Länder, die Landesfremde von der Zulassung ausschließen, mit der Reichsverfassung nicht im Einklang stehen, da sie entgegen Art. 110,II RV der Landesangehörigkeit materielle Bedeutung zukommen lassen. Es sind rein rechtspolitische Erwägungen, durch welche Poetzsch-Heffter zu einer derartigen Auslegung gelangt. Abgesehen davon, daß ein solches Verfahren allein die gefundene Auslegung nicht stützen könnte, ist auch noch der Ausgangspunkt dieser rechtspolitischen Erwägung falsch.

Poetzsch-Heffter geht davon aus, daß das jetzige Deutsche Reich kein Bundesstaat, sondern ein Einheitsstaat sei. Indem er den deutschen Ländern die Eigenstaatlichkeit abspricht, verneint er auch das Vorhandensein einer besonderen Landesangehörigkeit.

Entgegen dieser Ansicht wird in der Literatur ganz überwiegend die Meinung vertreten, daß das Deutsche Reich auch nach der

---

2) Anschütz, Komm. 3. Bearb. S. 454; Giese, Komm. 8. Aufl. S. 250; Hatschek, Staatsr. 1. Bd. 2. Aufl. S. 230.

1) v. Freytagh-Loringhoven, D. Weimarer Verf. S. 43.

2) Poetzsch-Heffter, Handkomm. 3. Aufl. S. 409, S. 87, und 142.

Weimarer Verfassung ein Bundesstaat sei [3]). Dieser Meinung wollen wir uns nach den hier folgenden Ausführungen anschließen.

Der Bundesstaat ist seinem Wesen nach ein souveräner Staat, der aus einer Mehrheit von nicht souveränen Staaten zusammengesetzt ist. Da nach der herrschenden Lehre [4]) nicht die Souveränität, d. h. die Unabhängigkeit der Staatsgewalt, das wesentliche Merkmal des Staates ist, sondern die Ursprünglichkeit, ist insbesondere dieses Merkmal bei den drei Voraussetzungen des juristischen Staatsbegriffs näher zu prüfen.

Zunächst haben die Länder ein eigenes Staatsgebiet [5]). Es wird anerkannt in Art. 2 Satz 1 RV:

> „Das Reichsgebiet besteht aus den Gebieten der deutschen Länder."

Ein Staatsvolk der Länder wird ausdrücklich vorausgesetzt [6]). Der Begriff des Staatsvolkes ist hier eng zu fassen, ihm steht der weitere Begriff der Nation gegenüber, der aus objektiven Merkmalen, wie Sprache, Religion, gemeinsamer Geschichte, und aus subjektiven Merkmalen, wie Zusammengehörigkeitsbewußtsein und -willen zu gewinnen ist [7]). Die Gesamtheit der Staatsangehörigen bildet das Staatsvolk im juristischen Sinne. Art. 110,I bestimmt:

> „Die Staatsangehörigkeit im Reich und in den Ländern wird nach den Bestimmungen eines Reichsgesetzes erworben und verloren."

Nach Artikel 110,I Satz 2 RV:

> „Jeder Angehörige eines Landes ist zugleich Reichsangehöriger,"

stellt die Landesangehörigkeit gegenüber der Reichsangehörigkeit sogar regelmäßig das Primäre dar.

Für das Vorhandensein einer Staatsgewalt der Länder [8]) spricht Art. 5 RV:

---

3) Anschütz. Komm. 4. Bearb. S. 38, 71; Giese, Komm. 8. Aufl. S. 39; Nawiasky, Bayr. VR. S. 49 ff; ders. Grundprobl. S. 2, 8; Smend, Verfassungsr. S. 116; 167 ff; Schmitt, Verfassungsl. S. 361, 388 ff; Hatschek, Staatsr. 1. Bd. 2. Aufl. S. 81, 146 ff; Schelcher, in Fisch. Ztsch. Bd. 55 S. 105; Walz, Staatsr. S. 305 ff; a. A. nur Poetzsch-Heffter, a. a. O. S. 71 ff; und Wittmayer, Verfassungsr. S. 128 ff.

4) vgl. insbes. Laband, Staatsr. Bd. 1 S. 52 ff; Anschütz, 4. Bearb. Komm. S. 41; Genzmer, im Polit. Handw. Buch S. 290; a. A. insbes. Zorn, Staatsr. 1. Bd. 2. Buch § 4.

5) Anschütz, Komm. 4. Bearb. S. 42 ff;

6) Nawiasky, Grundprobl. S. 2.

7) vgl. Genzmer, Staat und Nation S. 8 ff.

8) Anschütz, Komm. 4. Bearb. S. 71; Nawiasky Grundprobl. S. 2; a. A. Poetzsch-Heffter, Handkomm. 3. Aufl. S. 96.

„Die Staatsgewalt wird in Reichsangelegenheiten durch die Organe des Reichs auf Grund der Reichsverfassung, in Landesangelegenheiten durch die Organe der Länder, auf Grund der Landesverfassungen ausgeübt.“

Nicht kann man hieraus schließen, daß die Staatsgewalt einheitlich und nur ihre Ausübung zwischen Reich und Ländern geteilt ist [9]). Vielmehr wird die „in Landesangelegenheiten“ ausgeübte öffentliche Gewalt ausdrücklich „Staatsgewalt“ genannt. Sie wird durch Organe der Länder, also nicht durch Reichs- sondern durch landeseigene Organe, und auf Grund der Landesverfassungen ausgeübt. Sie ist eine eigenständige und nicht aus der Reichsgewalt abgeleitete Staatsgewalt, weil die Landesverfassungen von den Ländern kraft ihrer Verfassungsautonomie (Art. 17.) erlassen sind.

Wir dürfen daher die deutschen Länder als Staaten im juristischen Sinne ansehen, da bei ihnen die Merkmale des juristischen Staatsbegriffs vorhanden sind.

Man kann sie auch heute noch als Staaten im politischen Sinne bezeichnen, wenn sie auch dank der Abtretung großer Stücke ihrer Selbständigkeit ziemlich unterhöhlt und entkräftet dastehen.

Mit Nawiasky kann man den politischen Staatsbegriff etwa bestimmen als „die Erscheinung, daß auf einem räumlichen Gebiet äußere Macht über eine Mehrheit von Menschen mit Ausschließung jeder anderen davon unabhängigen äußeren Macht geübt wird“ [10]). Nun ist im Gliedstaat die Bestätigung einer anderen äußeren Macht — bei uns die des Deutschen Reichs — nicht ausgeschlossen. Diese wird jedoch nicht unabhängig vom politischen Willen der Länder ausgeübt. Denn die Gliedstaaten haben diese fremde Machtausübung ja selbst gestattet, und sie sind an ihr durch den Reichsrat beteiligt, sie erfolgt also mit ihrem Willen. Die sonstigen Voraussetzungen sind vorhanden.

Mit der Feststellung, daß die deutschen Länder auch heute noch Staaten im juristischen wie im politischen Sinne sind, haben wir Poetzsch-Heffter die Grundlage seiner rechtspolitischen Erwägung entzogen. Aus Art. 110,II RV geht nicht hervor, daß die Landesangehörigkeit ihre materielle Bedeutung völlig verloren hat. Wir dürfen uns nicht von einheitsstaatlicher Gesinnung leiten lassen, sondern müssen versuchen, den Sinn der positiven Rechtssätze durch Auslegung zu ermitteln.

§ 7.

Um die Bedeutung des Art. 110,II RV in unserer Frage zu erforschen, bedarf es einer Auslegung der Worte „Rechte und Pflichten.“

---

9) so Poetzsch-Heffter, a. a. O. S. 97.
10) Nawiasky, Grundprobleme S. 3.

Auf die Streitfrage, ob Art. 110,II RV nicht nur auf die Verhältnisse des öffentlichen Rechts [1]), sondern auch auf solche des Privatrechts Anwendung finde, ist hier nicht näher einzugehen. Denn selbst wenn dieser Artikel auf Rechtsverhältnisse des Privatrechts keine Anwendung finden sollte, würde dies unsere Untersuchung nicht beeinflussen, weil wir es hier nicht mit Fragen des Privatrechts zu tun haben.

Bei der Ernennung zum Landesbeamten handelt es sich nur um eine Frage des öffentlichen Rechts. Selbst wenn man im Gegensatz zur herrschenden Meinung, die in der Beamtenanstellung einen zustimmungsbedingten obrigkeitlichen Verwaltungsakt sieht [2]), das Vorhandensein eines Vertrages behauptet [3]), so beruht dieser Vertrag doch nur auf Normen des öffentlichen Rechts.

Auch für die Zulassung zu den Staatsprüfungen kann nur öffentliches Recht zur Anwendung gelangen, weil Staatsprüfungen entweder vor Behörden oder in gewissen Fällen auch an öffentlichen Anstalten abgelegt werden, deren Einrichtung sich aber wieder nach öffentlichem Recht regelt.

Unsere Untersuchungen über die Bedeutung der Worte „Rechte und Pflichten" liegen auf anderem Gebiete. Hatschek behauptet, daß die Gleichstellung in Art. 110,II RV nur die sogenannten „bürgerlichen" nicht aber die „politischen" (staatsbürgerlichen) Rechte umfasse. Wenn wir daher feststellen müßten, daß es sich bei dem Recht auf Zulassung zu den öffentlichen Aemtern oder auf Zulassung zu den Staatsprüfungen um ein politisches Recht handelt, so würden nach dieser Ansicht Vorschriften der Länder, die Landesfremde von der Zulassung ausschließen, mit Art. 110,II RV nicht in Widerspruch stehen. Was sind aber politische Rechte?

Der Begriff der politischen Rechte stammt aus Frankreich aus der Zeit Napoleons I [4]). Im Code Civil Napoleons wurden die unter dem Namen „droits civils" zusammengefaßten Freiheits- und Grundrechte von 1791 zum ersten Mal in Gegensatz gebracht zu den „droits politiques," den Wahl- und anderen Rechten, welche die Teilnahme an der Staatsherrschaft sichern sollen. (Code civil, Art. 7: „L'exercice des droits civils est indépendant de l'exercice des droits politiques, lesquels s'aquièrent et se conservent conformément aux lois constitutionelles et électorales").

Mit dem Eindringen Napoleons in Deutschland kommt dieser Gegensatz zur Zeit des Rheinbundes zu uns. Nach der Niederwerfung

1) so Anschütz, Komm. 3. Bearb. S. 474; a. A. dagegen Wittmayer, in Nipperdey Bd. 1 S. 228 ff.

2) OVG Band 70 S. 117; RGZ Band 108 S. 118; Brand, in Nipperdey Bd. 2 S. 215; Mayer, Verwalt. R. 3. Aufl. S. 148; Anschütz, Komm. 3. Bearb. S. 517; Kelsen, Allg. Staatsl. S. 273.

3) so frühere Rechtsprechung des RG, vgl. RGZ. Bd. 18 S. 173. Bd. 28. S. 85; Laband, Staatsr. Bd. 1 S. 423.

4) vgl. zum folgenden die Darstellung bei Hatschek Staatsr. Bd. 1, 2. Aufl. S. 212, 213.

Napoleons und dem siegreichen Abschluß der Freiheitskriege fand er Aufnahme in der Deutschen Bundesakte von 1815 in Art. 16 Absatz 1.

Der Inhalt der politischen Rechte war zur Zeit der Einführung einer Verfassung, also Anfang und Mitte des vorigen Jahrhunderts, ein anderer als heute. Damals verstand man hierunter jene Befugnisse, kraft deren das Volk gegenüber der bisherigen uneingeschränkten Gewalt des Staatsoberhauptes zur mehr oder weniger beschränkten Teilnahme an der Staatsregierung berufen sein sollte.

Heute faßt man unter politischen Rechten jene Rechte zusammen, „die ein obrigkeitliches Handeln oder persönliche Dienstleistungen für den Staat zum Gegenstande haben“ 5). Die Teilnahme an der Ausübung jeder staatlichen Herrschaft, nicht nur an der Bildung des Staatswillens wird hierunter verstanden.

Bei dem Recht auf Zulassung zur Wahl, zur Abstimmung oder zur Unterschrift für ein Volksbegehren wird von niemandem bestritten, daß es sich hier um ein politisches Recht handelt. Dasselbe muß aber auch gelten bei dem Recht auf Zulassung zu den öffentlichen Aemtern. Jedenfalls kann man ihm nicht deshalb den Charakter eines politischen Rechts absprechen, weil es dem einzelnen nur als Rückwirkung objektiven Rechts zugute kommt und nicht ein subjektiv-öffentliches Recht ist, wie das Wahl- und Stimmrecht.

Mit der Fähigkeit, zum Landesbeamten ernannt zu werden, wird dem einzelnen Staatsbürger die Möglichkeit zur aktiven Teilnahme an den Funktionen des Staates eröffnet. Aus dieser Tatsache dürfen wir die Folgerung ziehen: das Recht auf Zulassung zu den Staatsämtern ist ein politisches Recht 6), zumindest ist es als „ein den politischen Rechten nahe verwandtes Recht“ 7) zu bezeichnen.

Gegen das gefundene Ergebnis kann man aus den Worten des Art. 136,II RV keinen Einwand herleiten. Der Artikel lautet allerdings:

„Der Genuß bürgerlicher und staatsbürgerlicher Rechte sowie die Zulassung zu den öffentlichen Aemtern sind unabhängig von dem religiösen Bekenntnis.“

Die scheinbare Trennung zwischen Staatsbürgerrechten und Aemterzulassung findet ihre Widerlegung aus Art. 136 RV selbst. Denn in Absatz 2 wird nur dasselbe wiederholt, was bereits in Absatz 1 gesagt ist 8). Hier aber ist nur von bürgerlichen und staatsbürgerlichen

5) so Anschütz, Komm. 3. Bearb. S. 467.
6) ebenso Thoma, in Nipperdey Bd. 1 S. [illegible]; Giese, Komm. [illegible] Aufl. S. [illegible]; [illegible] S. [illegible]; [illegible], Das demokr. [illegible] Bd. 2 S. [illegible]; [illegible] S. [illegible]; [illegible] Bd. 1 2. Aufl. S. [illegible]; Anschütz, Reich und Länder S. 150.
7) Bredt, Der Geist d. Dt. RV S. 260;
8) Anschütz, Komm. 3. Bearb. S. 441; Poetzsch-Heffter, Handkomm. 3. Aufl. S. 444;

Rechten die Rede. Man kann daher nicht geltend machen, die Reichsverfassung selbst zähle das Recht auf Zulassung zu den öffentlichen Aemtern nicht zu den politischen Rechten.

Was gilt nun für die Zulassung zu den Staatsprüfungen?

Es wird zweckmäßig sein, wieder von dem oben entwickelten Begriff der politischen Rechte auszugehen. Wir verstanden darunter Rechte, die ein organschaftliches Handeln oder persönliche Dienstleistungen für den Staat zum Gegenstande haben.

Man erkennt sofort, daß die Betrachtung unserer Frage unter diesem Gesichtspunkte ergebnislos verlaufen muß. Ein politisches Recht kann das Recht der Zulassung zu den Staatsprüfungen nicht sein. Es läßt sich unter die von uns als richtig anerkannte Begriffsbestimmung der politischen Rechte nicht eingliedern.

Den politischen oder staatsbürgerlichen Rechten hatten wir bereits oben die „bürgerlichen" Rechte gegenübergestellt. Es sind jene Rechte, die in Frankreich als „droits civils" den Gegensatz zu den „droits politiques" bilden. Der einzelne erscheint hier im Bereiche des öffentlichen Rechts als eine Persönlichkeit außerhalb und gegenüber dem Staate [9]. Nirgends aber ist der Inhalt dieser bürgerlichen Rechte positiv festgelegt. Der Ausdruck „bürgerliche Rechte" wird in den Verfassungen öfter gebraucht. Wir finden ihn in Artikel 3 aRV [10]. In unserer Reichsverfassung vom 11. August 1919 kommt er im Art. 136 I,II vor. Ueber den Umfang dieser Rechte wird hier aber nichts gesagt; dieser kann sich daher nur aus der jeweiligen Tätigkeit des Staates selbst bestimmen.

Nach Laband entspricht der Pflicht des Staatsbürgers zur Tragung der staatsbürgerlichen Lasten, zum Gehorsam und zur Treue „sein Recht, an den Wohltaten des staatlichen Gemeinwesens teilzunehmen" [11]. Anders ausgedrückt besagt dies, daß jeder Deutsche ein Recht auf die rechtlich geregelte Benutzung der öffentlichen Einrichtungen und Veranstaltungen des Reichs und der Länder hat. Zu diesen öffentlichen Einrichtungen müssen wir auch die vom Staat und von öffentlichen Anstalten eingerichteten Prüfungsämter und -ausschüsse rechnen.

Als Ergebnis haben wir daher gefunden:

Der Staatsbürger besitzt ein bürgerliches Recht auf die Zulassung zu den Staatsprüfungen.

Stellten wir fest, daß es sich jedenfalls bei der Zulassung zum Staatsdienst um ein politisches Recht des Staatsbürgers handelt, so folgt daraus die Notwendigkeit der Untersuchung, ob jene Ansicht zu Recht besteht, nach der Inhalt des Art. 110,II RV nur eine

9) vgl. Giese, Lehrbuch, S. 110.
10) siehe oben unter § 4.
11) Laband, Staatsr. Band 1 S. 144. 2. Aufl.

Gleichbehandlung bei den bürgerlichen, nicht aber bei den politischen Rechten ist.

Vertreten wird diese Meinung, wie bereits oben gesagt, von Hatschek [12]). Er geht aus von Art. 3 Absatz 1 aRV. Hier waren die landesfremden Reichsangehörigen den heimischen Landesangehörigen bezüglich aller bürgerlichen Rechte völlig gleich gestellt. Die politischen Rechte hatten die Landesfremden jedoch nicht. Für das geltende Reichsrecht dagegen gilt dies nicht mehr, weil ja Art. 17,I,2 RV das politische Recht der Wahlfähigkeit und Wählbarkeit zu den Volksvertretungen der Länder allen Reichsangehörigen und nicht nur den Landesangehörigen gibt. Für Hatschek entsteht nun die Frage, ob diese Gleichstellung der Landesfremden mit den Landesangehörigen auch für jene politischen Rechte zutrifft, die in Art. 17,I,2 RV nicht genannt sind. Er kleidet diese Frage in die Worte: „Ist Art. 17,I,2 RV eine Bestätigung von Art. 110,II RV oder nicht vielmehr eine Ausnahme?" Mit Rücksicht auf die Entstehungsgeschichte des Art. 110,II RV entscheidet er sich für das letzte.

Wir werden prüfen müssen, ob aus Art. 17,I,2 RV dieses „argumentum e contrario" gegenüber Art. 110,II RV tatsächlich abgeleitet werden kann. Bei der Schilderung der Entstehungsgeschichte des Art. 110,II RV, die Hatschek zur Begründung heranzieht, läßt er die notwendige Sachlichkeit vermissen, eben um zu dem Ergebnis zu kommen, zu dem er kommen will. Um Hatschek zu widerlegen, läßt sich eine eingehende, rein objektive Darstellung der Entstehung dieses Artikels nicht vermeiden [13]).

Artikel 17 des von Preuß gefertigten Vorentwurfes vom 3. 1. 1919 lautete:

> „Die Angehörigen jedes deutschen Freistaates haben in allen deutschen Freistaaten die gleichen Rechte und Pflichten wie die eigenen Staatsangehörigen." [14])

Dieser Vorentwurf wurde zur Grundlage des Regierungsentwurfes (Art. 29). Der Staatsausschuß aber hatte einen Zusatz wegen der politischen Rechte hineingebracht, er lautete:

> „Die Ausübung politischer Rechte kann von dem Besitze der Staatsangehörigkeit abhängig gemacht werden."

Nachdem Preuß diesen Regierungsentwurf im Plenum der Nationalversammlung begründet hatte [15]), sprach der Abgeordnete Fischer gegen die Fassung des Art. 29, weil „in bezug auf die politischen Rechte der zweite Satz den ersten sofort wieder totschlüge" [16]). In der ersten Generallesung wurden jedoch Abänderungsanträge noch nicht gestellt.

---

12) Hatschek, Staatsr. Bd. 1. 2. Aufl. S. 313 ff. 316.
13) vgl. auch die Schilderung bei Gelhausen, Diss. S. 80 f.
14) bei Triepel, Quellensammlg. S. 7.
15) vgl. Heilfron, Sten. Ber. S. 676 ff.
16) vgl. Heilfron, Sten. Ber. S. 923.

Die Vorlage ging so an den Verfassungsausschuß [17]. Dort tauchte schon bei der Beratung des jetzigen Art. 17 RV die Frage der Rechte der Staatsangehörigen auf. Der Abgeordnete Quark vermißte eine Bestimmung, daß das Landeswahlrecht allen Reichsdeutschen zustände [18]. Preuß erwiderte ihm, es würde sich diese Frage bei Beratung des Art. 29 entscheiden. Der Abgeordnete Koch trat jedoch dem Abgeordneten Quark bei, und die Abstimmung ergab, daß bei Art. 17 die Einfügung der Worte „allen Reichsdeutschen" beschlossen wurde [19].

Naumann, der Berichterstatter für die Grundrechte war, hatte vor Beratung dieses Teiles — der Artikel 29 enthielt — einen eigenen Entwurf der „Grundrechte in volkstümlicher Art" eingebracht. Den Grundsatz von der Bedeutung der Staatsangehörigkeit hatte er in die Worte gefaßt:

> „Gleiches Bürgerrecht aller Reichsangehörigen in allen deutschen Ländern" [20].

Daneben brachten die Sozialdemokraten ihren Entwurf der Grundrechte ein. Der Absatz 1 ihres Art. 29 lautete:

> „Jeder Deutsche hat in jedem Lande die gleichen Rechte und Pflichten wie die eigenen Landesangehörigen."

Ein Zusatz, wie er im Regierungsentwurf vorhanden war, fehlte hier. Als der Berichterstatter Beyerle in einem Unterausschuß diesen Artikel jedoch wieder mit dem Zusatz:

> „Die Ausübung politischer Rechte kann von dem Besitz der Landesangehörigkeit abhängig gemacht werden,"

zur Beratung stellte, sprach der Abgeordnete Quark gegen diese Fassung und beantragte die Streichung dieses Satzes [21]. Er wies darauf hin, daß man im Hauptausschuß bereits in Art. 16 beschlossen habe (heutiger Art. 17), daß das Wahlrecht von allen Reichsdeutschen unabhängig von ihrer Landesangehörigkeit in allen Ländern gleichmäßig ausgeübt werden kann. Auf diesem Grundsatz müsse man beharren, man dürfe jetzt nicht hier den einzelnen Ländern überlassen, Ausnahmen einzuführen. Darauf betonte der Reichsminister Preuß, die Einzelstaaten legten Wert darauf, daß für ihre politischen Rechte ein besonderes Staatsbürgerrecht erhalten bliebe. Er schlug vor, das Einvernehmen mit den Ländern nicht an diesem Punkte scheitern zu lassen.

Vor der Abstimmung sprach der Abgeordnete Quark nochmals dagegen. Er sagte wörtlich: „Der Art. 16 ist das Ergebnis eines Kompromisses dafür, daß wir in der Verfassung auf ein einheitliches Indigenat für das ganze Reich verzichtet haben . . . . es würde

17) vgl. Heilfron, Sten. Ber. S. 1243.
18) Prot. Verf. A. S. 111.
19) Prot. Verf. A. S. 112, 113.
20) Prot. Verf. A. S. 172.
21) Prot. Verf. A. S. 373.

einen Rückschritt bedeuten, wenn wir diesen Satz in Art. 3 (Bezeichnung des Unterausschusses) annähmen, der auf Umwegen den Art. 16 wieder zu ändern sucht"[22]). Bei der Abstimmung wurde der Antrag Quarks angenommen, der letzte Satz also gestrichen.

In der zweiten Lesung des Verfassungsausschusses wurde nur eine redaktionelle Aenderung vorgenommen, indem an die Stelle „wie die eigenen Landesangehörigen" die Worte „wie die Angehörigen des Landes selbst" gesetzt wurden. So kam dieser Artikel zurück zur Nationalversammlung. Versuche, dem Art. 109 (jetzigen Art. 110) einen Satz ähnlich dem im Regierungsentwurf hinzuzufügen, blieben auch hier erfolglos[23]). Der Antrag des Ausschusses wurde mit überwiegender Mehrheit angenommen[24]). In dritter Lesung wurde der Artikel nicht mehr besprochen, sondern er wurde ohne diesen Zusatz Gesetz[25]).

Hatschek will nun aus den Worten des Abgeordneten Quark, „auf ein einheitliches Indigenat sei verzichtet," schließen, daß Art. 17, I, 2 RV keine Bestätigung, sondern eine Ausnahme des Art. 110, II RV darstelle.

Allein auf diese Worte, deren Sinn auch ein anderer sein kann, eine derartige Auslegung zu stützen, geht nicht an. Der bekannte Vorbehalt bezweckte stets, die Ausübung **aller** politischen Rechte von dem Besitze der Staatsangehörigkeit abhängig zu machen. Wenn daher die Versuche, einen derartigen Vorbehalt in die Verfassung hineinzubringen, immer wieder scheiterten, so folgt daraus, daß heute jedem Reichsdeutschen in jedem Lande **alle** politischen Rechte zustehen. Mit einem Gegenargument aus Art. 17, I, 2 RV, wie Hatschek dies tut, kann man nicht arbeiten. Wir sahen, daß der hier hineingebrachte Zusatz „alle Reichsdeutschen" der Initiative des Verfassungsausschusses entsprang. Man wollte bereits bei Art. 17 festgestellt wissen, daß die politischen Rechte jedem Deutschen in jedem Lande zustehen. Nawiasky weist auch noch mit Recht darauf hin, daß die Reichsverfassung ein technisch viel zu wenig sorgfältig gearbeitetes Gesetz ist, als daß aus solchen kleinen Unstimmigkeiten der Fassung irgendwie ins Gewicht fallende Folgerungen gezogen werden dürfen[26]).

Es sprechen auch noch andere Gründe gegen die Ansicht Hatscheks. Der Wortlaut ist klar gefaßt; dem Sinne nach fallen alle Rechte und Pflichten ohne jede Einschränkung unter das Gleichstellungsprinzip; neben den bürgerlichen sind auch die politischen Rechte gemeint.

Die Verfassungsgeschichte zeigt, daß seit 1867 bis zum heutigen Tage die Bedeutung der Landesangehörigkeit immer mehr geschwun-

---

22) Prot. Verf. A. S. 373.
23) Heilfron, Sten. Ber. S. 3069, 3828.
24) Heilfron, Sten. Ber. S. 3832, 3833.
25) Heilfron, Sten. Ber. Bd. 7 S. 385.
26) Nawiasky Bayr. VR. S. 257.

den ist. Der unitarische Gedanke, der in der Weimarer Verfassung lebt, sollte gerade in Art. 110,II RV zum Ausdruck gebracht werden. Man erstrebte hier die Gleichstellung aller Deutschen auch auf dem Gebiete der politischen Rechte. Man darf nicht entgegen diesem Grundgedanken der Reichsverfassung behaupten, daß Art. 110,II RV dem früheren Recht gegenüber eine rückläufige Entwicklung gebracht habe. Wir gelangen zu dem Ergebnis:

Der Art. 110,II RV bringt eine Gleichstellung der Landesfremden mit den Landesangehörigen hinsichtlich der bürgerlichen und aller politischen Rechte.

Diese Auslegung entspricht der durchaus herrschenden Meinung in der Literatur [27]).

§ 8.

Es wird aber insbesondere von Nawiasky die Ansicht vertreten, daß in Art. 110,II RV das Wort „Rechte“ nach einer anderen Richtung einschränkend ausgelegt werden müsse. Während Hatschek unter „Rechten“ in Art. 110,II RV nur die bürgerlichen, nicht aber die politischen Rechte verstanden wissen wollte, können nach dieser Lehre hier nur „Rechte im streng juristischen Sinne“ gemeint sein. Man erkennt eine Gleichstellung der Landesfremden mit den Landesangehörigen auf dem Gebiete der staatsbürgerlichen Rechte an, will aber da, „wo es sich um bloße Vorteile handelt, die der Staat nach Ermessen bewilligen oder versagen kann,“ [1]) dem Art. 110,II RV keine Bedeutung zukommen lassen. Man macht also einen Unterschied zwischen subjektiv-öffentlichen Rechten und Rückwirkungen des objektiven Rechts, den sogenannten Rechtsflexen.

Folgt man dieser Meinung, so würde Art. 110,II RV für die Frage der Zulassung Landesfremder nur dann von Bedeutung sein, wenn subjektiv-öffentliche Rechte des Staatsbürgers auf Ernennung zum Landesbeamten und auf Zulassung zu den Staatsprüfungen bestehen. Zunächst mag versucht werden, den Begriff der subjektiv-öffentlichen Rechte kurz zu bestimmen.

Von den einzelnen Schriftstellern wird dieser Begriff überaus verschieden aufgefaßt. Georg Jellinek wollte die Frage, ob die Rechtslage eines Bürgers als subjektives Recht oder lediglich als Rückwir-

27) vgl. Anschütz, Komm. 3. Bearb. S. 473; Gebhard, Komm. S. 455; Giese, Komm. 8. Aufl. S. 250; Giese, Lehrbuch S. 101; Sartorius, im Handb. d. Dt. St. R. Bd. 1 S. 281; Aldag, Gleichh. v. d. Ges. S 71; Arndt, Komm. 3. Aufl. S. 304; Bredt, Geist d. dt. RV S. 240; Gmelin, Einführung, S. 43; Meißner, Staatsr. 2. Aufl. S. 258; Gelhausen, Diss. S. 83; Hubrich, D. demokr. Verf. R. S. 194; Nawiasky, Bayr. VR. S. 256, 257; ders. Grundprobl. S. 50 ff; Stier-Somlo, Reichs- u. L. St. R. S. 475; Jahrreiß, im Handb. d. dt. St. R. Bd. 2 S. 634; Strupp, im Handb. d. Dt. St. R. Bd. 1 S. 275; Walz, Staatsr. S. 268;

1) Anschütz, Komm. 3. Bearb. S. 473.

kung objektiver Rechtssätze aufzufassen ist, danach entscheiden, ob die positive Rechtsordnung dem Bürger ein Klagerecht vor ordentlichen Gerichten oder vor Verwaltungsgerichten einräumt [2]). Hiermit ist nicht viel erreicht; denn man kann nicht von der Klage auf das Recht schließen.

Bühler geht vom Rechtssatz aus und sagt: „Ein Rechtssatz bringt subjektiv-öffentliche Rechte nur dann zur Entstehung, wenn er 1.) zwingenden Charakter trägt, 2.) zu Gunsten bestimmter Personen oder Personenkreise zur Befriedigung ihrer Individualinteressen und nicht nur im Interesse der Allgemeinheit erlassen ist, und wenn er 3.) im Interesse dieser Personen mit der Wirkung erlassen ist, daß sie sich auf ihn sollen berufen, mittels desselben ein bestimmtes Verhalten von der Verwaltungsbehörde sollen herbeiführen können." [3]). Auch nach Bühler ist also Hauptmerkmal des subjektiv-öffentlichen Rechtes „die Macht des einzelnen, in seinem eigensten Interesse Normen der objektiven Rechtsordnung in Bewegung zu setzen und die Aktion einer Behörde herbeizuführen" [4]). Er übt diese Macht aus durch „Rechtsmittel, die ihm zur Realisierung seiner Forderungen an den Staat gegeben sind."

In neuerer Zeit stellt man es insbesondere auf den „Rechtsanspruch" ab, den der einzelne beim Vorliegen der gesetzlichen Tatbestandsmerkmale gegenüber der zuständigen Stelle hat. Diesen Rechtsanspruch, der auf Gewährung bestimmter Leistungen oder auf Nichtvornahme bestimmter Handlungen gerichtet ist, muß der einzelne nach den Normen des objektiven Rechts unter Ausschaltung freier Ermessenserwägungen geltend machen können. Eine Klagemöglichkeit vor den ordentlichen oder den Verwaltungsgerichten braucht aber vom Gesetz nicht gegeben zu sein [5]). Es ist recht schwierig, zu den verschiedenen Begriffsbestimmungen Stellung zu nehmen. Insbesondere wird man sich fragen, wie denn der einzelne seinen Rechtsanspruch geltend machen solle, wenn er keine Klagemöglichkeit hat. Man wird daher doch das Bestehen eines „Rechtsmittels in irgend einer Form" verlangen müssen.

Es bedarf aber keines näheren Eingehens hierauf. Denn für die Frage der Ernennung zum Landesbeamten wird heute ausnahmslos ein solcher Rechtsanspruch verneint [6]). Für den einzelnen besteht hier nur eine Rechtsrückwirkung, ein Vorteil auf Grund objektiver Rechtssätze, dem die Durchsetzungsmöglichkeit fehlt.

Bei der Zulassung zu den Staatsprüfungen wird es sich in der Regel nur um einen Verwaltungsakt handeln, dessen Erlaß in das

---

2) Jellinek, Georg, System S. 48, 74, 100 ff.
3) Bühler, Die subj. öff. R. S. 21 ff.
4) Jellinek, Georg, System S. 51.
5) Walz. Staatsr. S. 268.
6) RGZ Bd. 103, S. 430; OVG Bd. 44, S. 48; Anschütz, Komm. 3. Bearb. S. 512; Giese, Komm. 8. Aufl. S. 273; Brand, in Nipperdey Bd. 2 S. 216; Walter Jellinek, Verwaltgsr. S. 351; RG in der Zeitschr. f. Beamt.-Recht 1932 Bd. 4 Heft 1, S. 38;

freie Ermessen der zuständigen Behörde gestellt ist. Dies gilt z. B. für die Zulassung zur ersten juristischen Staatsprüfung nach § 4 der Ausbildungsordnung vom 11. Aug. 1923 (JMBl. S. 589) [7]). Ein Rechtsanspruch ist daher auch hier nicht vorhanden.

Jedoch kann man in gewissen Fällen dazu gelangen, ein subjektiv-öffentliches Recht auf Zulassung zu den Staatsprüfungen anzunehmen. In Frage kommen hier jene Staatsprüfungen, die an öffentlichen Anstalten abgelegt werden. Man kann in der Möglichkeit, seine Fähigkeiten bewerten und bescheinigen zu lassen, eine Anstaltsnutzung erblicken. Aber auch von jenen Prüfungen, die als Anstaltsnutzung zu bezeichnen sind, würden den Charakter eines subjektiv-öffentlichen Rechts auf Zulassung nur jene besitzen, bei denen die Berechtigung zur Benutzung der Anstalt als ein subjektiv-öffentliches Recht ausgestaltet ist. Ein solches Recht kann man dann anerkennen, wenn ein von der zuständigen Stelle erlassener Rechtssatz vorliegt, auf Grund dessen allen oder einem bestimmten Kreis von Personen ein Recht auf Benutzung der öffentlichen Anstalt zusteht, sobald sie die durch die Anstaltsordnung aufgestellten Bedingungen erfüllt haben [8]). In den meisten Fällen ist ein solcher Rechtsanspruch nicht vorhanden, vielmehr sind den öffentlichen Anstaltsorganen Bindungen auferlegt, die dem einzelnen nur als Rückwirkungen objektiver Rechtssätze zugute kommen.

Wir stellten fest: Ein subjektiv-öffentliches Recht auf Beamtenernennung gibt es niemals (von den „Anstellungsansprüchen" der Versorgungsanwärter ist hier abzusehen), auf Zulassung zu den Staatsprüfungen besteht dies Recht nur unter Umständen.

Nach Nawiasky [9]) sind in Art. 110,II RV nur subjektiv-öffentliche Rechte gemeint. Für ihn würden daher landesrechtliche Vorschriften, die Landesfremde von der Zulassung ausschließen, nicht reichsverfassungswidrig sein, höchstenfalls in den bereits genannten wenigen Fällen. Wir wollen prüfen, ob diese Lehre zu Recht besteht.

Nawiasky verweist zunächst darauf, daß die Anreihung des Art. 110,II RV an die ausdrückliche Unterscheidung der Reichs- und Landesangehörigkeit in Art. 110,I RV dafür spreche, die zweite Stelle müsse so ausgelegt werden, daß die erste einen positiven Sinn behält. Dieser Erfolg werde dann erreicht, wenn man Art. 110,II RV streng auslegt [10]). Vom Standpunkt der strengen Auslegung aus folgert Nawiasky nun, daß der Sinn des Art. 110,II RV einer partikularrechtlichen Beschränkung auf Landesangehörige dort nicht im Wege stehe, wo es sich nicht um ausgesprochene Rechte und Pflichten

7) abgedruckt in den Jur. Ausbild. Vorschr. S. 6.
8) Tackmann, Diss. S. 25.
9) Nawiasky, Bayr. VR. S. 54, 257 ff; ders. Grundprobleme, S. 52; ebenso auch von Calker, Grundzüge d. Dt. St. R. 2. Aufl. S. 31; Gebhard, Komm. S. 455; Jellinek, Walter, Verwaltgsr. S. 351; Anschütz, Komm. 3. Bearb. S. 473.
10) Nawiasky, Bayr. VR. S. 257.

handelt. Hierher gehören die Fälle, in denen die Landesangehörigkeit nur „als Voraussetzung für Rechtsverhältnisse" in Frage kommt, oder wo es sich um objektives Recht handelt, das nur Anweisungen an die Behörden erteilt, Bindungen für sie ausspricht, ohne dadurch subjektive Rechtsansprüche zu begründen. Gegenüber dem Indigenat des Art. 3 der alten RV, das nicht nur subjektive Rechte, sondern auch den objektiv-rechtlichen Grundsatz der Gleichbehandlung umschloß, ergäbe sich heute, daß ein solcher Grundsatz in Art. 110,II RV nicht mehr bestehe. 11)

Dem kann man nicht beistimmen. Schon die Ableitung einer „strengen" Auslegung ist anfechtbar. Art. 110,II RV enthält die Betonung dessen, daß wir es im Deutschen Reich mit einem Zusammenschluß von selbständigen Staaten zu tun haben, in denen das Primäre die Landesangehörigkeit ist. Das einheitsstaatliche Gepräge jedoch verlangt eine möglichst vollkommene Gleichstellung aller Deutschen, sie ist in Art. 110,II RV ausgesprochen. Wenn also eine Trennung zwischen den zwei Staatsangehörigkeiten erfolgte, so ist dies geschichtlich und bundesstaatlich-unitarisch zu erklären und berechtigt keineswegs zu dem Schluß Nawiaskys. Es liegt dem Art. 110,II RV fern, eine Scheidung zu machen zwischen Rechten, die subjektive Ansprüche begründen, und bloßem objektiven Recht, das dem einzelnen zwar als Rückwirkung zugute kommt, ihm aber keine unmittelbaren Ansprüche verleiht. 12)

Der Wortlaut selbst ist klar gefaßt. Unter „Rechten" kann man beides verstehen, sowohl subjektive Rechte wie Rechtsrückwirkungen. Wie die Fassung „die gleichen Rechte und Pflichten" schon 1867 aufgefaßt wurde, läßt sich aus der Begründung des Abgeordneten von Waechter erkennen, die er im konstituierenden Reichstag zum Art. 3 der Bundesverfassung gab: „Ich fasse den Artikel so auf: Eines ist vor allen Dingen notwendig, . . . und muß sofort ins Leben treten; dies eine . . . geht dahin, daß jeder Bürger des einzelnen Bundesstaates ganz gleiche Rechte hat wie der Angehörige jenes anderen Bundesstaates". 13)

Auch dem Ergebnis der geschichtlichen Entwicklung würde es widersprechen, der Landesangehörigkeit jetzt solch weittragende Bedeutung zukommen zu lassen, nachdem sie durch die ausdehnende Gesetzgebung des Reichs schon vor 1918 ständig abgenommen hatte. In der Weimarer Nationalversammlung war man sich darüber einig, daß der Artikel eine Erweiterung der Gleichstellung aller Deutschen sein sollte. Die in der alten Reichsverfassung vorgenommene Art der Aufzählung sollte unterbleiben. Der objektiv-rechtliche Grundsatz der Gleichbehandlung sollte damit aber nicht beseitigt werden, sondern sich nunmehr auf alle Angelegenheiten erstrecken, die unter den Begriff „Rechte" fallen. Wenn man von der bisherigen Regelung ab-

11) Nawiasky, Bayr. VR. S. 258.
12) so auch Gelhausen, Diss. S. 107.
13) Sten. Ber. 1867 S. 251;

weichen wollte, so hätte man darüber reden müssen. Ueber eine solche Aussprache ist aber in den Protokollen und Berichten nichts zu finden. [14])

Ein Vergleich mit der sonstigen Ausdrucksweise der Verfassung kann unsere Auslegung nur stützen. In Art. 112,II RV heißt es:

> „Dem Ausland gegenüber haben alle Reichsangehörigen . . . Anspruch auf den Schutz des Reichs."

Bei diesem sogenannten Anspruch haben wir es jedoch nur mit der Rückwirkung objektiven Rechts zu tun [15]). Denn ein aus eigener Rechtsmacht heraus durchführbarer Anspruch ist dem Reichsangehörigen hier nicht gegeben. Man kann nicht aus dem Abschnitt der Grundrechte in der Verfassung den Artikel 110,II RV herausgreifen und behaupten, zu den dort genannten Rechten gehörten die Rechtsrückwirkungen nicht.

Aus der Staatsangehörigkeit ergibt sich, wenn wir sie richtiger Ansicht nach als „status" bezeichnen, [16]) ein Pflichten- und Rechteverhältnis. Wenn nun der Grundsatz des Art. 110,II RV in den bekannten Worten von der „Gleichheit der Rechte und Pflichten" gefaßt ist, so wurde damit beabsichtigt, den Landesfremden eben jene Pflichten und Rechte zukommen zu lassen. „Der dem Individium zugute kommende Inhalt der Staatsangehörigkeit aber zerfällt in Rückwirkungen objektiven Rechts und rechtliche Ansprüche" [17]).

Es fallen daher in Art. 110 Abs. 2 ebenso wie die rechtlichen Ansprüche auch die Rückwirkungen objektiven Rechts den landesfremden Reichsangehörigen in den deutschen Ländern zu [18]).

Als Rechtsrückwirkungen sahen wir auch das Recht auf Zulassung zu den Staatsprüfungen und auf Ernennung zum Landesbeamten an.

Somit ist nachgewiesen, daß sich die Ansicht Nawiaskys nicht halten läßt. Es sprechen zuviel Gründe dagegen. Im vorhergehenden Paragraphen wurde bereits die von Hatschek vertretene Meinung ebenfalls als unrichtig zurückgewiesen. Nach unserer endgültigen Auslegung des Art. 110,II RV ergibt sich daher:

Vorschriften der Länder, welche die Zulassung zu den Landesstaatsprüfungen und die Anstellung im Staatsdienst von dem Besitze der Landesangehörigkeit abhängig machen, verstoßen gegen Art. 110,II RV.

---

14) Prot. Verf. Aussch. S. 373.
15) Pohl, in Nipperdey Bd. 1 S. 257.
16) Giese, Lehrbuch S. 102; Nawiasky, Bayr. VR. S. 254.
17) Jellinek, Georg, System, S. 118, 119.
18) Gelhausen, Diss. S. 109.

§ 9.

Auf einige Ansichten in der Literatur soll anschließend noch eingegangen werden. Die besondere Darstellung ist berechtigt, weil durch eine Behandlung innerhalb der Untersuchungen über die Bedeutung der beiden Artikel der Gesamtüberblick gestört worden wäre.

Juristisch nicht haltbar ist der Schluß von Anschütz. Er stellt bei Art. 128,1 RV zunächst fest, daß die unterschiedslose Zugänglichkeit der Aemter allen Befähigten das gleiche R e c h t, sich um ein Amt zu bewerben, gäbe [1]). Den Art. 128,I RV will auch er in Verbindung mit Art. 110,II RV verstanden wissen. Bei Art. 110,II vertritt er aber den Standpunkt einer strengen Auslegung der Worte „Rechte und Pflichten" [2]). Wo es sich um bloße Vorteile handele, die der Staat nach Ermessen bewilligen oder versagen kann, soll Absatz 2 nicht anwendbar sein. Um jetzt bei der Anstellung im Staatsdienst dem Art. 110,II RV dennoch Geltung zu verschaffen, geht er rein rechtspolitisch vor. Ausnahmsweise dürfe für die Anstellung als Landesbeamter der strenge Maßstab an das Wort „Rechte" nicht gelegt werden, da dies eine Verschlechterung der Stellung der Landesfremden im Vergleich mit dem früheren Rechtszustand (Art. 3 aRV.) bedeuten würde, was dem Willen des Gesetzgebers widerspräche. Aus dem Vorgehen von Anschütz läßt sich die wichtige Erkenntnis ableiten, daß auch Erwägungen der Billigkeit und Gerechtigkeit eine weniger strenge Auslegung des Wortes „Rechte" bedingen.

Die Auslegung des Art. 110,II RV darf aber nun nicht soweit gehen, entgegen seinem Sprachsinn anzunehmen, daß „Rechte und Pflichten" als „grobe Bezeichnung für alles rechtlich irgendwie ins Gewicht fallende" zu deuten seien. So soll nach Wittmayer dem Art. 110,II RV „die Funktion als verhältnismäßig allgemeinste Ausprägung und Sicherung der Gleichhaltung von allen Reichsangehörigen" zukommen [3]). Dieser Auslegung kann man nicht zustimmen; sie würde zu einer allgemeinen Gleichstellung aller Deutschen führen. Die Begründung Wittmayers, daß Art. 110,II RV sonst – neben Art. 17 und 128,I RV gehalten – nahezu um jede selbständige Bedeutung gebracht würde, versagt. Wir stellten im Laufe unserer vorhergehenden Untersuchung fest, daß Art. 110,II RV auch bei einer entsprechenderen Auslegung der Worte „Rechte und Pflichten" sehr wohl seine selbständige Bedeutung neben Art. 17 und 128,I RV behält. Die weiteren Gründe, die Wittmayer heranzieht, wie der Hinweis auf die Nachbarschaft von Art. 109,I RV und der von Smend [4]) in neuerer Zeit für die Grundrechte aufgestellten Auslegungsregeln, können **a l l e i n** seine Ansicht nicht halten.

1) Anschütz. Komm. 3. Bearb. S. 513.
2) Anschütz, Komm. 3. Bearb. S. 473.
3) Wittmayer, in Nipperdey Bd. 1 S. 229.
4) Smend, Verfassungsr. S. 163 ff.

Den Ausführungen von Walz dagegen kann grundsätzlich zugestimmt werden [5]). Eine allgemeine Gleichstellung lehnt er ab. Jedoch soll der Gleichheitsgrundsatz von Art. 110,II RV auch für jene Rechtslagen des öffentlichen Rechts gelten, bei denen das behördliche freie Ermessen noch eine entscheidende Rolle spielt. Er begründet seine Ansicht damit, daß hier sinngemäß Art. 128,I RV verfahren werden müsse. Für die Beamtenernennungen sei dieser Gedanke durch Art. 128,I RV besonders zum Ausdruck gebracht. „Was aber für das vom freien Ermessen beherrschte Beamtenernennungsrecht gilt, muß allgemein für alle entsprechenden Lagen des öffentlichen Rechts gelten, bei denen die Entscheidung nach freiem Ermessen zu treffen ist." So kommt Walz über Art. 110,II RV zu der Feststellung, daß zu den Staatsexamen die landesfremden Reichsdeutschen unter denselben Voraussetzungen zugelassen werden müssen wie die Landesangehörigen selber. Dasselbe könnte man auch für die Zulassung zu den öffentlichen Aemtern aus Art. 110,II RV entnehmen; da hier aber Art. 128,I RV besteht, geht dieser als „lex specialis" vor.

§ 10.

Durch unsere Untersuchungen der Grundrechtssätze war erkennbar geworden, daß ein innerer Zusammenhang zwischen Art. 128,I und 110,II RV besteht. Wir können Art. 128,I als eine Bestätigung des Grundsatzes von Art. 110,II RV ansehen, aber nicht in dem Sinne, daß man schon bei seiner Schaffung eine Bestätigung der Gleichheit auf diesem Gebiete in die Verfassung aufnehmen wollte. Vielmehr ist es eine Uebereinstimmung beider Artikel, die sich jetzt hinterher bei der Untersuchung herausstellt. Sie zeugt von der Einheitlichkeit des Gedankenganges der Verfassungsschöpfung in diesem Punkte. [1])

Nur ein Bedenken ist noch zu beseitigen, das gegen unsere Auslegung der Art. 128,I und 110,II RV erhoben werden könnte. Die Annahme wäre möglich, daß eine ungleiche Behandlung von Landesfremden und Landesangehörigen gerechtfertigt sei, weil ein Analogieschluß aus der Regelung für die Reichsbeamten (Art. 16 RV) zu Gunsten der Landesangehörigen spräche. [2]) Art. 16 RV bestimmt:

> „Die mit der unmittelbaren Reichsverwaltung in den Ländern betrauten Beamten sollen in der Regel L a n d e s a n g e h ö r i g e sein. Die Beamten, Angestellten und Arbeiter der Reichsverwaltung sind auf ihren Wunsch in ihren H e i m a t g e b i e t e n zu verwenden, soweit dies möglich ist und nicht Rücksichten auf ihre Ausbildung oder Erfordernisse des Dienstes entgegen stehen."

Man könnte hieraus schließen wollen: Wenn schon jene Beamten, die mit der unmittelbaren Reichsverwaltung betraut sind, in der Regel Landesangehörige sein sollen, dann müßten die Beamten der L a n d e sverwaltung erst recht Landesangehörige sein.

5) Walz. Staatsr. S. 268 ff.
1) ebenso Gelhausen, Diss. S. 103.
2) ähnlich Nawiasky Grundprobleme S. 52.

Doch dürfte ein solcher Schluß nicht richtig sein. Wenn man rein formell vorgehen würde, so könnte man den Satz 2 des Art. 16 von vornherein ausscheiden; denn hier ist nicht die Rede von „Landes"angehörigen sondern von „Stammes"angehörigen. „Heimatgebiet" bedeutet nicht dasselbe wie „Heimatstaat." Es bestimmt sich nach völkischen und geographischen Gesichtspunkten [3]). So zerfallen die Heimatstaaten Preußen und Bayern jeder einzelne in mehrere Heimatgebiete. Es würde also eine Verletzung des Art. 16 Satz 2 vorliegen, wenn wider seinen Willen, und ohne daß dienstliche Interessen dazu nötigen, in der Reichsverwaltung etwa ein Rheinländer nach Ostpreußen oder ein Pfälzer nach Oberbayern versetzt würde [4]). Dagegen bilden der Staat Lippe und die Provinz Westfalen des Staates Preußen ein gemeinsames Heimatgebiet.

Wir können aber, auch wenn der Satz 2 von „Heimatgebieten" spricht, nicht leugnen, daß hierin grundsätzlich der gleiche Gedanke wie in Satz 1 enthalten ist. Im Entwurf stand außerdem zunächst „im Gebiete ihres Heimat s t a a t e s" [5]). Die Aenderung durch den Verfassungsausschuß [6]) sollte nur in besonderem Maße das landsmannschaftliche Prinzip in den Vordergrund stellen.

Doch wenn wir auch den Satz 2 zur Verstärkung des im Satz 1 ausgeprägten Gedankens mit heranziehen, kann Art. 16 unsere aus den Art. 128,I und 110,II RV gefundene Entscheidung nicht beeinflussen. Während nämlich Art. 128,I RV alle Reichs-, Landes- und Kommunalstellen bindet, richtet sich Art. 16 dem klaren Wortlaut nach nur an die Reichsregierung. Auch für Art. 110,II RV ergibt sich aus der Verschiedenheit der Adresse, daß Art. 16 eine Ausnahme von Art. 110,II RV nur für die R e i ch sbeamten in den Ländern aufstellt, nicht aber für die Landesbeamten. [7])

Ein Unterschied besteht allerdings nicht etwa dahin, daß Art. 128,I RV allein die Zulassung zu öffentlichen Aemtern betrifft, der Art. 16 dagegen nur die Verwendung von bereits im Dienst befindlichen Beamten regelt. Vielmehr wirkt die Vorschrift des Art. 16 auch auf den Zeitpunkt der Zulassung zurück. Soweit in einem Lande freie Stellen der Reichsverwaltung vorhanden sind, sollen daher Landesangehörige zugelassen werden, Landesfremde dürfen zurückgewiesen werden. Damit soll aber nicht gesagt sein, daß die Regelung des Art. 16 dem Art. 128 stets vorginge. Denn im einzelnen Falle hat die Reichsregierung immer noch freie Hand; dies ergibt sich aus den Worten „in der Regel" und „vorwiegend soll das Interesse des Dienstes entscheiden."

Aus der Entstehungsgeschichte des Art. 16 RV geht hervor, daß er nur ein Zugeständnis an die Länder sein soll für die ihnen

3) Anschütz, Komm. 4. Bearb. S. 127. Walz, Staatsr. S. 269.
4) Anschütz, Komm. 4. Bearb. S. 127.
5) vgl. Ebers, Verfassung S. 54.
6) Prot. Verf. Aussch. S. 326, 335.
7) vgl. Anschütz, Komm. 4. Bearb. S. 127.

verloren gegangenen Gebiete der früheren eigenen Landesverwaltung [8]). Durch ihn soll den Ländern heute wenigstens die Möglichkeit gegeben sein, ihrer Größe und Bevölkerungszahl entsprechend Beamte zum Reichsdienst stellen zu können. Art. 16 stellt eine Einschränkung des Grundsatzes von Art. 110,II RV nur für „die mit der unmittelbaren Reichsverwaltung in den Ländern betrauten Beamten" her. Er ist eine beabsichtigte Ausnahme von dem sonst geltenden Grundsatz der Gleichbehandlung Landesfremder und Landesangehöriger bei der Zulassung zu öffentlichen Aemtern.

Ein Grundgedanke der Reichsverfassung des Inhalts, daß die Landesangehörigen bevorzugt werden dürfen, läßt sich aus Art. 16 RV nicht entnehmen. Es bleibt somit bei dem Ergebnis, das wir im Wege der Auslegung aus Art. 128,I und 110,II RV gefunden haben: Landesfremde müssen unter den gleichen Voraussetzungen wie Landesangehörige zum Beamtendienst und zu den Staatsprüfungen der Länder zugelassen werden.

Vorschriften der Länder, durch die die Landesfremden von der Zulassung ausgeschlossen werden, verstoßen gegen Art. 128,I und 110,II RV. Sie sind reichsverfassungswidrig.

Zweiter Teil: **Das österreichische Recht.**

§ 11.

Bei der Untersuchung, welche bundesstaatlichen Grundsätze über die Zulassung Landesfremder zu öffentlichen Aemtern und den Staatsprüfungen in Oesterreich bestehen, müssen wir eins von vornherein feststellen. Während nämlich in der überaus großen reichsdeutschen staatsrechtlichen Literatur über die Auslegung der in Frage kommenden Verfassungsbestimmungen lebhafter Streit besteht — denken wir nur an die verschiedene Auslegung des Art. 110,II RV durch Poetzsch-Heffter, Hatschek und Nawiasky —, vermissen wir in dem nicht sehr umfangreichen staatsrechtlichen Schrifttum Oesterreichs jede eingehendere Behandlung der Frage, ob Landesfremde in gleicher Weise wie Landesangehörige zu Aemtern und Prüfungen der Länder zugelassen werden müssen.

Bei der Auslegung von Verfassungsbestimmungen versagt außerdem die Heranziehung der Geschichte, denn der neue österreichische Staat weist mit dem alten nicht die Identität auf, wie sie zwischen dem neuen und dem alten Deutschen Reich besteht.

8) vgl. Prot. Verf. Aussch. S. 335.

Noch eins sei bemerkt; es bestand nach dem Staatsbürgerschaftsgesetz vom 5. Dez. 1918 [1]) zunächst nur eine einheitliche Staatsbürgerschaft. [2])

Dies ergibt sich aus dem § 1 des Gesetzes:

> „Deutschösterreichische [3]) Staatsbürger sind alle Personen, die zur Zeit der Kundmachung dieses Gesetzes in einer Gemeinde der Deutschösterreichischen Republik [3]) heimatberechtigt sind."

Eine solche Regelung entsprach ganz dem inneren Aufbau dieses neugebildeten Staates. Deutschösterreich war nach dem Verfassungsbeschluß vom 30. Okt. 1918 ein zentralistischer Einheitsstaat [4]). Selbst eine formale Unterscheidung von Landesangehörigen und Landesfremden gab es in dieser Zeit daher nicht. Erst seit dem Inkrafttreten des Bundes-Verfassungsgesetzes vom 1. Okt. 1920, [5]) das in eine Bundesbürgerschaft und eine Landesbürgerschaft gliedert, besteht formell ein solcher Unterschied.

Wenn im Gegensatz zur Weimarer Verfassung Voraussetzung der Landesbürgerschaft das Heimatrecht in einer Gemeinde des Landes ist, so ist dies für unsere Untersuchungen ohne Bedeutung; denn auf die Ausübung der politischen Rechte ist es ohne Einfluß. Der Grund für die Verbindung von Staatsbürgerschaft und Heimatrecht liegt hauptsächlich darin, daß nach der bisherigen auch heute noch geltenden Gesetzgebung die Armenlast von der Gemeinde getragen wird [6]).

§ 12.

Bei unseren Untersuchungen wollen wir auch hier im österreichischen Recht von der allgemeinen Norm, in der die Rechtsgleichheit aller Bundesbürger anerkannt wird, ausgehen. Während im deutschen Verfassungsrecht durch den Gleichheitssatz der zweite Teil der Reichsverfassung, der Grundrechtsteil, eingeleitet wird, suchen wir im österreichischen Verfassungs-Gesetz zunächst einmal vergeblich nach einer selbständigen Kodifizierung der Grund- und Freiheitsrechte. In den Vorentwürfen waren diese Rechte wohl in verschiedenen

1) abgedruckt bei Waldert, österr. Heimat- u. Staatsbürg.-R. S. 178.

2) Staatsbürgerschaft hat hier die Bedeutung von Staatsangehörigkeit.

3) Auf Grund des Friedensdiktates von Saint Germain mußte „Deutschösterreich" später den selbst gewählten Namen, durch den es die nahe Stammesverwandtschaft mit dem Deutschen Reich und den Anschlußwillen andeuten wollte, ablegen und den Namen „Republik Oesterreich" annehmen. — Ein bezeichnendes Beispiel für das Streben der Entente, den Gedanken der deutschen Einheit zu vernichten. — Vgl. Kelsen, Verfassungsges. V. Teil S. 66.

4) Kelsen, Grundriß, S. 97.

5) über Bezeichnung „Bundes-Verfassungsgesetz" und „Bundesverfassungsgesetz" (ein Wort) vgl. Kelsen, Verfassungsges. V. Teil S. 62.

6) vgl. § 1 d. Heimatges. v. 3. Dez. 1863.

Fassungen ausgearbeitet [1]). Im Verfassungsausschuß jedoch ließ sich eine Einigung der Parteien in diesem Punkte nicht erzielen [2]). Aus dem Entschluß, den bisher bestehenden Rechtszustand aufrecht zu erhalten, erklärt es sich, daß in Oesterreich in verschiedenen Verfassungsgesetzen nebeneinander die Rechtsgleichheit gewährleistet wird.

Dies ist geschehen im Art. 2 des Staatsgrundgesetzes über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger vom 21. Dez. 1867:

„Vor dem Gesetz sind alle Staatsbürger gleich" [3]). Der Satz wurde auch aufgenommen im Bundes-Verfassungsgesetz selbst. Der Art. 7 lautet hier:

> „Alle Bundesbürger sind vor dem Gesetze gleich. Vorrechte der Geburt, des Geschlechts, des Standes, der Klasse und des Bekenntnisses sind ausgeschlossen."

Endlich ist der Grundsatz der Gleichstellung aller Staatsbürger auch in Art. 66, I, II und 67 des Friedensdiktates von Saint Germain festgelegt [4]):

> „Alle österreichischen Staatsangehörigen ohne Unterschied der Rasse, der Sprache oder Religion sind vor dem Gesetze gleich und genießen dieselben bürgerlichen und politischen Rechte. Unterschiede in Religion, Glauben oder Bekenntnis sollen keinen österreichischen Staatsangehörigen beim Genuß der bürgerlichen und politischen Rechte nachteilig sein, wie namentlich bei Zulassung zu öffentlichen Stellungen, Aemtern und Würden oder bei den verschiedenen Berufs- und Erwerbstätigkeiten." (Art. 66,I u. II).
>
> „Oesterreichische Staatsangehörige, die einer Minderheit nach Rasse, Religion oder Sprache angehören, genießen dieselbe Behandlung und dieselben Garantien, rechtlich und faktisch, wie die anderen Oesterreichischen Staatsangehörigen." (Art. 67).

Aus dem Zusammenhalt dieser Verfassungsbestimmungen ergibt sich der Grundsatz der Rechtsgleichheit.

Ein Streit darüber, ob der Gleichheitsgrundsatz neben der Vollziehung auch die Gesetzgebung binde, besteht in Oesterreich nicht. Vielmehr gibt es nur die Meinung, daß hierdurch auch dem Gesetzgeber Schranken aufgerichtet sind. Dies dürfte auf die völkerrechtliche Bindung durch das Friedensdiktat zurückzuführen sein, die auch den Gesetzgeber erfaßt. Bundes- und Landesgesetze, die eine unterschiedliche Behandlung der Staatsbürger anordnen, haben im Falle der Ueberprüfung durch den Verfassungsgerichtshof im Sinne des Art. 140 B-VG ihre Aufhebung zu gewärtigen. Der Art. 2 StGG, für

1) vgl. den 6. Abschnitt des „Entwurfs einer Bundesstaatsverfassung" in Kelsen, Verf. Ges. V. Teil S. 493 ff.

2) vgl. Seipel, Der Kampf um die öst. Verf. S. 96.

3) Das StGG wurde durch Beschluß der Provis. Nat. Versammlung für die Republik Deutschösterreich rezipiert und durch Art. 149 B.-VG zum Verf. Ges. des Bundes erklärt.

4) Das Friedensdiktat hat durch Art. 149 B.-VG die Geltung eines Verfassungsgesetzes des Bundes.

sich betrachtet, ordnet allerdings nur an, daß die Gesetze auf die Staatsbürger gleich angewendet werden müssen. Die Bindung des Gesetzgebers ergibt sich jedoch aus dem weitergehenden Wortlaut des zweiten Satzes des Art. 7,I B=VG und insbesondere aus Art. 66,I,II und Art. 67 des Staatsvertrages von Saint Germain. [5])

Nimmt man diese Bestimmungen als ein Ganzes, so läßt sich aus der hier vorgenommenen Aufzählung der Grundsatz ableiten, daß bestimmte, nach gemeinsamen Merkmalen verbundene Gruppen von Staatsbürgern anderen gegenüber weder bevorzugt noch benachteiligt werden dürfen. Wenn wir daher Geburt, Geschlecht, Religion, Klasse und Nationalität nur als Beispiele solcher Gruppen, die durch gemeinsame Merkmale miteinander verbunden sind, ansehen, so sind wir nicht gehindert, auch die Landesangehörigkeit als ein solches Merkmal zu bezeichnen. Jedenfalls kann der Unterschied in der Landesangehörigkeit nicht für erheblicher erachtet werden, als der Unterschied in der Nationalität; die Nationalität aber darf bei den einzelnen Staatsangehörigen nicht als Unterscheidungsmerkmal genommen werden [6]). Da der Gleichheitssatz nicht nur die Gesetzgebung und Vollziehung des Bundes bindet, sondern auch die der Bundesländer, so ergibt sich daraus für die Bundesländer das Verbot, die Landesangehörigen rechtlich besser zu stellen als die Landesfremden.

Näher konkretisiert ist der Rechtsgleichheitssatz in Art. 3 StGG, der lautet:

> „Die öffentlichen Aemter sind für alle Staatsbürger gleich zugänglich."

Wenn wir dem vorher gesagten folgen, so ist der Sinn dieser Vorschrift heute der, daß sie nicht nur die Gleichstellung aller österreichischen Bundesbürger bei Verleihung der Bundesämter, sondern auch bei Verleihung der Landesämter herbeiführen soll. Eine Bestimmung, die dem Art. 3 StGG ähnlich ist, findet sich im Bundes-Verfassungsgesetz selbst nicht. Wohl aber war sie im Art. 109 des Vorentwurfs enthalten:

> „Die öffentlichen Aemter und Funktionen sind für alle Bundesangehörigen ohne Unterschied gleich zugänglich" [7]).

Diese Fassung „alle Bundesangehörigen ohne Unterschied" hätte wohl dazu berechtigt, die Bestimmung dahin auszulegen, daß die Landesangehörigkeit auch bei Besetzung der Landesämter keine Rolle spielen soll. Wenn nun auch Art. 3 StGG dem Wortlaut nach dem Art. 109 des Vorentwurfs nicht ganz entspricht, so muß er inhaltlich doch dasselbe ausdrücken. Durch ihn wird jedem österreichischen Bundesbürger der Zugang zu den öffentlichen Aemtern im Reich

5) Adamovich, Grundriß, S. 106; vgl. auch Kelsen, Grundriß S. 50.
6) vgl. betr. „Erheblichkeit" die am Ende des § 3 gemachten Ausführungen.
7) vgl. Kelsen, Verf. Ges. V. Teil S. 494.

und in den Ländern gewährleistet. Ebenso legt Adamovich diesen Artikel aus. Denn er sagt: „Als Bedingung für den Antritt eines öffentlichen Amtes (. . . . eines Landes . . . .) wird durch Art. 3 StGG das Erfordernis der österreichischen **Bundes**bürgerschaft aufgestellt. [8])

Einen Rechtsanspruch auf Verleihung eines öffentlichen Amtes gibt Art. 3 StGG nicht [9]). Wohl aber gewährt er, ebenso wie im deutschen Recht der Art. 128,I RV, einen Anspruch auf die Gleichmäßigkeit der Zulassung, d. h. darauf, daß die Vorbedingungen für die Aemtererlangung für alle Oesterreicher grundsätzlich dieselben sein müssen. Es besagt auch hier, daß bei der Zulassung zu den für die Beamtenanstellung erforderlichen Staatsprüfungen die Landesangehörigkeit nicht entscheidend sein darf.

§ 13.

Im österreichischen Bundes-Verfassungsgesetz findet sich eine Vorschrift, die fast wörtlich mit dem Art. 110,II der Deutschen Reichsverfassung übereinstimmt. Es ist der Art. 6,III:

„Jeder Bundesbürger hat in jedem Lande die gleichen Rechte und Pflichten, wie die Bürger des Landes selbst."

Wir wollen prüfen, ob sich aus diesem Artikel dasselbe entnehmen läßt wie aus Art. 3 StGG. Es kann sich auch bei dieser Bestimmung ebenso wie bei der in Art. 110,II der Deutschen RV nur um eine Auslegung des Wortes „Rechte" handeln.

Die von uns oben (im § 7) vertretene Ansicht, daß unter politischen Rechten die Rechte der mittelbaren oder unmittelbaren Teilnahme an der Ausübung jeder staatlichen Herrschaft zu verstehen sind, wollen wir auch jetzt aufrecht erhalten. Wir gelangen auf Grund dieser Begriffsbestimmung dazu, das Recht auf gleichen Zugang zu den öffentlichen Aemtern als ein politisches Recht anzusehen [1]). Das Recht auf Gleichmäßigkeit bei der Zulassung zu den Staatsprüfungen ist nach unseren früher gemachten Ausführungen ein bürgerliches Recht. Im österreichischen Recht stoßen wir jedoch nicht wie im deutschen Recht auf Grund der von uns vertretenen Ansicht auf Schwierigkeiten. Denn es wird von keinem Schriftsteller behauptet, daß in Art. 6,III B-VG eine Gleichstellung nur bezüglich der bürgerlichen, nicht aber der politischen Rechte vorgenommen werden soll [2]) Wohl ist eine Vorschrift vorhanden, die dem Art. 17 der deutschen RV entspricht. Der Art. 95 B-VG nämlich bestimmt:

8) Adamovich. Grundriß S. 211.

9) vgl. die Erkenntnisse des Verf. Ger. Hofes Slg. Nr. 415, und Nr. 779 abgedruckt in Adamovich-Froehlich, Verf. Gesetze, S. 599.

1) ebenso Adamovich, Grundriß S. 82; a. M. Kelsen, Grundriß S. 49, da er unter politischen Rechten nur jene Rechte verstanden wissen will, durch die den Staatsbürgern ein Anteil an der Bildung des Staatswillens gewährt wird.

2) vgl. die Ansicht Hatschcks in unserm § 7.

„Die Gesetzgebung der Länder wird von den Landtagen ausgeübt. Deren Mitglieder werden auf Grund des gleichen, unmittelbaren, geheimen und persönlichen Verhältniswahlrechts aller nach den Landtagswahlordnungen wahlberechtigten männlichen und weiblichen Bundesbürger gewählt, die im Land ihren ordentlichen Wohnsitz haben."

Man entnimmt jedoch aus diesem Artikel nicht ein „argumentum e contrario" dafür, daß im Art. 6,III die Gleichstellung auf dem Gebiete der politischen Rechte ausgeschlossen sein soll. Vielmehr weist Kelsen ausdrücklich darauf hin, daß aus Art. 6,III dasselbe hervorgehe wie aus Art. 95 B-VG. Er sagt: „Auch auf Grund des Art. 6,III darf das Wahlrecht zum Landtag nicht von der Landesbürgerschaft abhängig gemacht werden" [3]. Folgt man unserer weiten Fassung des Begriffs der politischen Rechte, so darf man aus Art. 6,III noch weiter schließen, daß das politische Recht auf Zulassung zu den Landesämtern ebensowenig von der Landesbürgerschaft abhängig gemacht werden darf.

Bei der Untersuchung des Art. 110,II der Weimarer Reichsverfassung hatten wir festgestellt, daß das Wort „Rechte" dahingehend eingeschränkt wurde, daß hier nur subjektiv-öffentliche Rechte gemeint sein sollten [4]. Ebenso wie wir dort die enge Auslegung abgelehnt haben, müssen wir dies auch hier beim Art. 6,III B-VG tun. Denn dem klaren Wortsinn nach sind unter „Rechten" nicht nur subjektiv-öffentliche Rechte zu verstehen, sondern auch die Rechtsrückwirkungen, die Anweisungen an die Gerichte und Verwaltungsgebäuden enthalten, ohne dem einzelnen einen Rechtsanspruch zu verleihen. Im österreichischen Staatsrecht wird der Art. 6,III B-VG jedoch noch weiter ausgelegt. Man verläßt den Wortlaut und sieht in diesem Artikel den Grundsatz aufgestellt, daß in allen rechtlich irgendwie ins Gewicht fallenden Angelegenheiten die Länder keine Unterschiede in bezug auf die Landesangehörigkeit machen dürfen. Man erklärt, die Bundesbürgerschaft habe keinen von der Landesbürgerschaft verschiedenen Rechtsinhalt. „Die Landesbürgerschaft gewährt also ihrem Träger keineswegs einen Vorzug, den nicht irgendein anderer auch unter dem Titel der Bundesbürgerschaft in Anspruch nehmen könnte" [5].

Der Grund für eine so weitgehende Auslegung ergibt sich recht anschaulich aus folgenden Worten Kelsens zum Art. 6 B-VG: „Daß man Bundesbürgerschaft und Landesbürgerschaft grundsätzlich unterschied, entspricht der herkömmlichen Ideologie des Bundesstaates" [6]. Aus diesen Worten geht hervor, daß man nach der „her-

---

3) Kelsen, Verfassungsges. V. Teil S. 195; Kelsen, Grndriß S. 167.

4) vgl. die Ansicht Nawiaskys in unserm § 8.

5) vgl. Kelsen. Verfassungsges. V. Teil S. 71; Kelsen Grundriß, S. 167; Adamovich Grundriß. S. 92; Adamovich-Froehlich, Anm. 3 zu Art. 6 B.-VG.

6) Kelsen Verfassungsges. V. Teil, S. 71.

kömmlichen", von Laband geprägten und der herrschenden Lehre mit Recht vertretenen Begriffsbestimmung das Wort „Bundesstaat" auf das staatsrechtliche Gebilde Oesterreich kaum anwenden kann.

Notwendig ist bekanntlich für das Vorhandensein eines Bundesstaates, daß die Glieder noch Eigenstaatlichkeit besitzen und nicht nur mit weitergehenden Befugnissen ausgestattete Selbstverwaltungskörper sind. Die österreichischen Bundesländer aber können wir nicht mehr als Staaten ansehen. Wohl gebärdet sich die österreichische Verfassung bundesstaatlich. In Art. 3 wird ein eigenes Staatsgebiet der Länder anerkannt; denn „das Bundesgebiet umfaßt die Gebiete der Bundesländer." Da nach Art. 6,I „für jedes Land eine Landesbürgerschaft besteht," wird auch ein Staatsvolk der Länder vorausgesetzt. Die Landesangehörigkeit stellt gegenüber der Bundesangehörigkeit sogar das Primäre dar; denn „mit der Landesbürgerschaft wird die Bundesbürgerschaft erworben." (Art. 6,II B-VG). Es werden die Worte „Staat" und „staatlich" auch dann gebraucht, wenn nicht nur der Bund und dessen Staatsgewalt bezeichnet werden soll, sondern es sich allein um die Länder und deren öffentlich-rechtliche Gewalt handelt.

Man kann aber ein Gemeinwesen nur dann mit dem Wort „Staat" benennen, wenn ihm die „Herrschermacht zu eigenem Recht" zusteht und nicht kraft Delegation oder Auftrags der übergeordneten (souveränen) Gewalt [7]). Aus der Entstehungsgeschichte des neuen österreichischen Staates muß man den Bundesländern jedoch die Ursprünglichkeit ihrer Staatsgewalt absprechen. Merkl [8]) sagt, „daß auf dem Boden des zertrümmerten Oesterreich den Ländern zunächst ebenso ein „natürliches Recht" zur Staatsgründung zustand wie dem heutigen Gesamtstaat. Dieser ist ihnen aber mit seiner Staatswerdung zuvor gekommen . . . und bei dieser Sachlage ist . . . für die Landesgewalten nur Raum kraft gesetzlicher Delegation." Die Beitrittserklärungen der Länder sind trotz ihres bedeutenden politischen Gewichtes ohne rechtlichen Belang; denn diese Länder waren ja schon von vornherein als Staatsgebiet vom Gesamtstaat in Anspruch genommen.

Wir sind somit gezwungen, den Ländern die Eigenstaatlichkeit abzusprechen. Oesterreich kann daher wohl ein dezentralisierter Einheitsstaat, nicht aber ein Bundesstaat sein [9]). Folgt man allerdings dem Standpunkt der Wiener Schule, die sich über dem „Oberstaat" und den Gliedstaaten eine Gesamtordnung denkt (Primat des Völkerrechts) und dadurch den Oberstaat seines Ueberordnungsverhältnisses zu den Gliedstaaten glaubt berauben zu können, dann kann man auch im

7) Laband Staatsrecht Bd. 1, 2. Aufl. S. 68.

8) Merkl. Verfassung S. 159; 160, ähnlich Kelsen, Grundriß S. 165.

9) vgl. hierzu: Waldhausen, Bundesstaatsbegriff, S. 1 ff; Kier in der Schweiz. Monatsh. 1930 Heft 12 S. 553 ff.

heutigen Oesterreich einen Bundesstaat erblicken [10]). Bei einer solchen Nichtachtung des Begriffes Staat wird aber auch der Begriff Bundesstaat seines Sonderwertes beraubt. Ein Bundesstaat wäre dann weiter nichts als eine von vielen beliebig gefaßten Abstufungen, die innerhalb des Begriffs „dezentralisierter Einheitsstaat" möglich sind [11]). Wir können dieser Lehre nicht folgen, weil sie den juristischen Begriff des Bundesstaates entwertet.

Das Zurückdrängen der wirklich föderativen Bestandteile in der österreichischen „Bundes"verfassung zeigt am auffälligsten, daß wir es hier nur dem Namen nach mit einem Bundesstaat zu tun haben. Die Stellung des Bundesrates zum Nationalrat ist äußerst schwach. Für die Gesetzgebung der Länder hat man so gut wie nichts von Erheblichkeit übrig gelassen. Der Verwaltung in den Ländern ist wenig geblieben; selbst Justiz und Polizei gehören zur unmittelbaren Bundesverwaltung.

Dem inneren Widerspruch der Verfassung entspricht es vollkommen, den Art. 6,III so weit auszulegen, daß der Staatsangehörigkeit in den Ländern jede materielle Bedeutung genommen wird. Den Landesfremden sind daher die Beamtenstellen und Staatsprüfungen der Länder unter den gleichen Voraussetzungen zugänglich wie den Angehörigen des Landes selbst. Vorschriften der Länder, durch die die Landesfremden von der Zulassung ausgeschlossen werden, verstoßen gegen Art. 3 StGG und Art. 6,III B-VG. Sie sind bundesverfassungswidrig.

Dritter Teil: **Das schweizerische Recht.**

§ 14.

Mit dem Worte „Bürgerrecht" verbindet man im allgemeinen einen ganz bestimmten Begriff. Man sagt: das „Bürgerrecht" haben jene Personen, denen politische Rechte zustehen. In der Schweiz dagegen bezeichnet man als „Bürgerrecht" die Zugehörigkeit zum Staatsverband. Dem Schweizerbürgerrecht entspricht daher die Reichsangehörigkeit im Deutschen Reich und die Bundesbürgerschaft in Oesterreich. Neben dem Schweizerbürgerrecht besteht ein Kantonsbürgerrecht und ein Gemeindebürgerrecht. Das letzte stellt staatsrechtlich gesprochen jedoch kein eigentliches „Bürgerrecht" dar, weil die Gemeinden keine Staaten, sondern Selbstverwaltungskörper sind. Unsere Aufgabe ist es hier, allein die rechtliche Bedeutung des Kan-

---

10) im österr. Schrifttum ist diese Ansicht herrschend; vgl. Kelsen, Allg. Staatsl. § 30; Kelsen, Grundriß, S. 165; Adamovich, Grundriß, S. 48 ff; Merkl, Verfassung S. 35 und 158 ff.

11) Waldhausen, Bundesstaatsbegriff, S. 36.

tonsbürgerrechts, also der Staatsangehörigkeit in einem Kanton, zu untersuchen. Der Bezeichnung der schweizerischen Gliedstaaten als „Kantone" wollen wir Rechnung tragen, indem wir nicht mehr von „Landesfremden" sondern von „Kantonsfremden" sprechen.

Bei der Untersuchung, welche Grundsätze das schweizerische Bundesrecht über die Zulassung Kantonsfremder zu öffentlichen Aemtern und den Staatsprüfungen aufstellt, wollen wir wieder von der allgemeinen Verfassungsbestimmung der Gleichbehandlung aller Bürger ausgehen.

Der allgemeine Grundsatz der Rechtsgleichheit findet sich im Art. 4 der Bundes-Verfassung:

> „Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich. Es gibt in der Schweiz keine Untertanenverhältnisse, keine Vorrechte des Ortes, der Geburt, der Familien oder Personen."

Es ist unbestritten, daß dadurch sowohl gleiche Anwendung der Gesetze auf alle Bürger, wie auch gleiche Behandlung der Bürger durch den Gesetzgeber gefordert wird. [1]).

Der Gleichheitssatz ist in der Schweiz von viel bedeutenderer Tragweite als im Deutschen Reich und in Oesterreich. Es zeugt davon vor allem die reiche Rechtsprechung. Hier hat er seine praktische Ausgestaltung als „Verbot der Willkür für die ganze Rechtsordnung und die gesamte staatliche Tätigkeit" gefunden. Wenn unterschiedliche Behandlungen gemacht werden, so müssen sie sachlich begründet sein, d. h. „auf vernünftigen und ausschlaggebenden Erwägungen derart in der Natur der Sache beruhen, daß man nur durch solche Unterscheidung dem inneren Zweck der Ordnung der betreffenden Lebensverhältnisse gerecht wird." Fehlt ein zureichender Grund für eine Unterscheidung, so ist sie willkürlich. [2])

Ob eine unterschiedliche Behandlung zwischen Kantonsbürgern und Kantonsfremden bei der Anstellung im Staatsdienst der Kantone oder bei der Zulassung zu kantonalen Staatsprüfungen sich sachlich mit der Kantonsfremdheit der Antragssteller begründen läßt, ist aus der allgemeinen Fassung des Art. 4 BV nicht zu entnehmen. Wohl gewährleistet Art. 4 allen Schweizern auch den gleichen Zugang zu den öffentlichen Aemtern; denn eine besondere Bestimmung, die dem Art. 128,I der Deutschen RV oder dem Art. 3 des StGG in Oesterreich entspricht, findet sich in der schweizerischen Bundesverfassung nicht. Eine Gleichstellung der Kantonsfremden mit den Kantonsbürgern bei Verleihung der Kantonsämter würde sich aber aus Art. 4 BV nicht rechtfertigen lassen, weil die Bundesverfassung die zwischenkantonalen Verhältnisse besonders regelt; diese Bestimmungen gehen daher vor. Art. 60 BV gebietet:

1) vgl. Blumer Morel, Handbuch, S. 363; Burckhardt, Komm. 2. Aufl. S. 61; Lampert, Bundesstaatsr. S. 42; Fleiner, Bundesstaatsr. S. 282.

2) Lampert, Bundesstaatsr. S. 42.

„Sämtliche Kantone sind verpflichtet, alle Schweizerbürger in der Gesetzgebung sowohl als im gerichtlichen Verfahren den Bürgern des eigenen Kantons gleichzuhalten."

Der kantonsfremde Schweizer darf hiernach in keinem Kanton rechtlich schlechter behandelt werden als der Bürger des Kantones selbst [3]). Die Gleichstellung ist jedoch nur für bestimmte Gebiete vorgeschrieben. Der Artikel greift die kantonale Gesetzgebung und das gerichtliche Verfahren heraus. Außerdem liegt die Bedeutung dieses Artikels vorwiegend darin, im Zivilrecht die Gleichstellung herbeizuführen. Durch Schaffung einheitlichen eidgenössischen Rechts hat er daher viel von seiner alten Bedeutung verloren [4]). Für Fragen des öffentlichen Rechts, mit denen wir es hier allein zu tun haben, gilt Art. 60 BV nur in beschränktem Umfange. Soweit nämlich die Bundesverfassung Sondervorschriften aufgestellt hat, in denen sie selbst eine rechtliche Unterscheidung zwischen Kantonsbürgern und Kantonsfremden zuläßt, gehen diese Bestimmungen vor.

§ 15.

Bedeutung kommt besonders der im Art. 43 BV getroffenen Sonderregelung zu. Die entsprechende Bestimmung ist in der Deutschen RV der Artikel 110,II, in der österreichischen Verfassung der Art. 6,III. — Absatz 4 und Absatz 5 des Artikels 43 lauten:

„Der niedergelassene Schweizerbürger genießt an seinem Wohnsitze alle Rechte der Kantonsbürger und mit diesen auch alle Rechte der Gemeindebürger. Den Mitanteil an Bürger- und Korporationsgütern, sowie das Stimmrecht in rein bürgerlichen Angelegenheiten sind jedoch hiervon ausgenommen, es wäre denn, daß die kantonale Gesetzgebung etwas anderes bestimmen würde.

In kantonalen und Gemeindeangelegenheiten erwirbt er das Stimmrecht nach einer Niederlassung von drei Monaten."

Es bedarf der Untersuchung, was der Inhalt jener Rechte ist, in deren Genuß der niedergelassene Kantonsfremde ebenso wie der Kantonsbürger gelangen soll. In der Schweiz ist es unbestritten, daß in Art. 43,IV mit dem Wort „Rechte" in erster Linie die politischen Rechte gemeint sind. Es sind dies die „Rechte auf Mitwirkung an der Ausübung der Staatsgewalt." Sie werden hier auch „Volksrechte" genannt. Man gebraucht hierbei das Wort „Volk" im Sinne von Aktivbürgerschaft; das ist die Bürgerschaft, die zur aktiven Teilnahme an den Staatsgeschäften berufen ist. [1])

---

3) Fleiner, Bundesstaatsr. S. 115.

4) vgl. Fleiner Bundesstaatsr. S. 116.

1) Fleiner, Bundesstaatsr. S. 277, 288; Lampert, Bundesstaatsr. S. 83.

Zu den politischen Rechten gehört vor allem das Stimmrecht und das Wahlrecht. Nach Fleiner schließt die Stimmfähigkeit auch die Wählbarkeit ein. Unter Wählbarkeit versteht er nun die „Fähigkeit, in die gesetzgebenden Behörden und die öffentlichen Aemter des Staates und der Gemeinde gewählt zu werden“ [2]). Aus der Gegenüberstellung der „Wahl in die gesetzgebenden Behörden“ und der „Wahl in die öffentlichen Aemter“ geht hervor, daß Wahl in die öffentlichen Aemter gemeint ist im Sinne einer Anstellung im Staatsdienst. Weshalb Fleiner dazu kommt, das Aemterbekleidungsrecht zur Wählbarkeit und damit zum Stimmrecht i. w. S. zu zählen, ist leicht erklärlich. In der Schweiz erfolgt nämlich die Anstellung von Beamten nicht auf Grund einer Ernennung, sondern auf Grund einer Wahl direkt durch das Volk oder eine Wahlbehörde [3]). Durch Volkswahl werden besonders in den kleinen ländlichen Kantonen die Beamten auch heute noch in ihre Stellen berufen. Hier finden wir also im Gegensatz zu dem sonst in Europa üblichen Beamtenstaat noch den wahren Volksstaat vor.

Die Wählbarkeit zu den öffentlichen Aemtern rechnet Burckhardt nicht zum Stimmrecht im weiteren Sinne, aber doch zu den politischen Rechten [4]). Es ist dies bedeutsam wegen des Absatzes 5 von Art. 43, nach dem das „Stimmrecht“ erst nach einer Wartefrist von drei Monaten ausgeübt werden darf. Eine dritte Ansicht zählt die Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Aemter weder zum Stimmrecht noch zu den politischen Rechten überhaupt [5]). Dieser Ansicht können wir nach unseren im § 7 gemachten Ausführungen nicht zustimmen. Da unter den Begriff „Rechte“ in Art. 43,IV BV aber nicht nur die politischen, sondern auch die bürgerlichen Rechte fallen, gelangt auch ihr Vertreter zu dem Ergebnis, daß der niedergelassene Kantonsfremde unter den gleichen Bedingungen wie der Kantonsbürger zur Bekleidung jedes öffentlichen Amtes befähigt ist. Daß die Gleichberechtigung nicht nur in bezug auf die politischen Rechte, wie man aus dem übrigen Inhalt des Art. 43 schließen könnte, zugestanden werden soll, ergibt sich aus der Geschichte. Der Absatz 4 des Art. 43 BV ist nämlich aus der Vereinigung von Ziffer 4 des Art. 41 und Art. 42 der BV von 1848 entstanden. Während der letzte die politischen Rechte betraf, gab Art. 41 den niedergelassenen Kantonsfremden alle Rechte mit Ausnahme des Stimmrechts in Gemeindeangelegenheiten und des Mitanteils an Gemeinde- und Korporationsgütern, insbesondere das Recht der Erwerbung und Veräußerung von Liegenschaften. Die Gleichstellung bezog sich also schon unter der BV von 1848 nicht nur auf politische Rechte. Die Einfügung des Wortes „politisch“ wurde in den Revisionsverhandlungen ausdrücklich abgelehnt [6]). Der (nieder-

2) Fleiner, Bundesstaatsr. S. 299.
3) Fleiner Bundesstaatsr. S. 250.
4) Burckhardt. Komm. 2. Aufl. S. 71; ebenso Blumer/Morel. Handbuch, S. 395.
5) so Bloch Niederlassungsrecht. S. 403.
6) so Bloch, Niederlassungsrecht, S. 402; hier auch angeführt: Nationalrätl. Kommission I, S. 38. 128.

gelassene) Kantonsfremde hat demnach unter denselben Voraussetzungen wie der Kantonsbürger Anspruch auf Benutzung kantonaler Einrichtungen, also auch auf die Zulassung zu kantonalen Prüfungen.

Wenn wir die Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Aemter auch zur Wählbarkeit, also zu dem sich als subjektiv-öffentliches Recht darstellenden Wahlrecht zählten, so ist doch damit nicht gesagt, daß auch das Recht auf Anstellung im Kantonsdienst ein subjektiv-öffentliches Recht ist. Denn der Bürger hat nur ein Recht darauf, zur Wahl unter den gleichen Bedingungen zugelassen zu werden, aber keinen Anspruch darauf, gewählt zu werden. Wir haben es auch hier nur mit einer Rechtsrückwirkung zu tun. Man kommt jedoch in der Schweiz gar nicht auf den Gedanken, zu sagen, daß die Fassung „Rechte" im Art. 43,IV eine strenge Auslegung fordere, und deswegen die Rechtsrückwirkungen nicht darunter fallen. Vielmehr faßt man die hier getroffene Regelung im Sinne einer rechtlichen Gleichbehandlung auf. [7]) Kantonsfremde sind demnach unter denselben Voraussetzungen wie Kantonsbürger zu den Kantonsämtern und den kantonalen Prüfungen zuzulassen.

Aber das Schweizerische Bundesrecht macht im Gegensatz zum deutschen und österreichischen Recht hier eine sehr erhebliche Einschränkung. Nicht jeder Kantonsfremde genießt nach Art. 43,IV BV die gleichen Rechte wie der Kantonsbürger, sondern nur der kantonsfremde Niedergelassene, der außerdem im Niederlassungskanton seinen bürgerlich-rechtlichen Wohnsitz hat. Man fordert zweierlei, Wohnsitz und Niederlassung. Es deckt sich nicht etwa beides, vielmehr sind zivilrechtlicher Wohnsitz einerseits und öffentlich-rechtliche Niederlassung andererseits verschiedene Dinge. Man kann wohl zwei oder mehrere gleichzeitige Niederlassungen haben, dagegen ist begrifflich die gleichzeitige Innehabung zweier Wohnsitze undenkbar [8]). Als Wohnsitz bezeichnet man den Ort, der den Mittelpunkt der Lebensführung bildet und an dem man dauernd zu verbleiben beabsichtigt [9]). Der Wohnsitz wird dann zur Niederlassung, wenn man die ausdrückliche Erlaubnis der kantonalen Behörde erhält, an diesem Orte außerhalb der Heimatgemeinde den Wohnsitz zu ergreifen. Vom bloßen Aufenthalt unterscheidet sich die Niederlassung dadurch, daß der Niedergelassene kraft Bundesverfassung das Recht auf Wohnsitz von zeitlich unbeschränkter Dauer besitzt. [10])

Man nimmt an, daß die Anordnung des Artikels 43,IV BV, im Niederlassungskanton Wohnsitz zu nehmen, für die Kantone nicht nur ein Recht, sondern sogar eine Pflicht aufstellt [11]). Diese Auffassung, daß die Vorschrift zwingend ist, scheint auch die richtige zu sein.

7) vgl. Blumer, Morel, Handbuch, S. 395; Burckhardt, Komm. 2. Aufl. S. 382; Fleiner, Bundesstaatsr. S. 126; Bloch, Niederlassungsr. S. 402, 403.

8) Bloch, Niederlassungsr. S. 341; Fleiner, Bundesstaatsr. S. 121.

9) Burckhardt, Komm. 2. Aufl. S. 372.

10) Bloch Niederlassungr. S. 342, 344.

11) so Duttweiler Stimmrecht, S. 30; Burckhardt, Komm. S. 375; Bloch, Niederlassungsrecht, S. 408; a. M. nur Affolter, Grundzüge, S. 108.

Es wird schon damit die rechtliche Möglichkeit ausgeschlossen, daß dieselbe Person in mehr als einem Kanton politische Rechte ausübt, was durch Art. 43,III BV verboten ist. Die bundesgerichtliche Praxis hat jedenfalls das Erfordernis des Wohnsitzes für die Kantone verbindlich gemacht.

Dagegen können die Kantone von der bundesrechtlichen Regelung, daß nur der kantonsfremde Niedergelassene die gleichen Rechte wie der Kantonsbürger genießen soll, abweichen und sie auch dem bloßen Aufenthalter zubilligen. Hierin sind die Kantone frei, solange nicht das in Art. 47 BV angekündigte, aber bis jetzt noch nicht erlassene Bundesgesetz ergangen ist, das über die politischen und bürgerlichen Rechte der schweizerischen Aufenthalter die näheren Vorschriften aufstellen soll.

Wenn auch die Kantone nur dem Niedergelassenen die gleichen Rechte wie den Kantonsbürgern einräumen müssen, so verliert diese Bestimmung doch durch Art. 45,I BV an Bedeutung; denn hier wird gesagt:

> „Jeder Schweizer hat das Recht, sich innerhalb des schweizerischen Gebietes an jedem Orte niederzulassen, wenn er einen Heimatschein oder eine gleichbedeutende Ausweisschrift besitzt."

Nur aus ganz bestimmten im Artikel selbst aufgezählten Gründen, wie Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte u. ä., kann die Niederlassung verweigert oder entzogen werden. Die hierin anerkannte Freizügigkeit öffnet dem Schweizer nicht nur den Zugang zum fremden Kantonsgebiet, sondern verschafft ihm dort auch, vorausgesetzt daß er Wohnsitz nimmt, die gleichen Rechte wie den Kantonsbürgern. Die Niederlassungsfreiheit bildet somit die Grundlage für die Ausübung der politischen und bürgerlichen Rechte der Bürger außerhalb ihres Heimatkantons. Mit Hilfe dieser Bestimmung hat die Bundesverfassung die Gleichstellung der Kantonsfremden Schweizer mit den Kantonsbürgern durchgeführt. [12])

Abschließend kommen wir zu der Feststellung: Die Kantonsfremden sind zu kantonalen Aemtern und Prüfungen unter denselben Bedingungen wie die Kantonsbürger selbst zuzulassen, falls sie im Kanton Niederlassung und Wohnsitz nehmen. Die Niederlassung aber muß ihnen auf Antrag erteilt werden.

Kantonale Vorschriften, durch die kantonsfremde Niedergelassene von der Zulassung ausgeschlossen werden, verstoßen gegen Art. 43,IV BV. Sie sind bundesverfassungswidrig.

Wenn die in der Schweiz getroffene Regelung nicht so entschieden unitarisch ist, wie die im Deutschen Reich und in Oesterreich, so erklärt sich dies aus der verschiedenartigen Entwicklung der Verfassungen dieser drei Staaten. Die schweizerische Bundesverfassung nimmt

12) Fleiner Bundesstaatsrecht, S. 121, 321, 322.

hier dem Alter nach die erste Stelle ein; sie ist nicht die Neuordnung nach einer Staatsumwälzung, sondern das Ergebnis einer einheitlichen, stetigen Fortentwicklung vom ehemaligen Staatenbund zum Bundesstaat.

§ 16.

Wir sind am Ende unserer Untersuchungen angelangt. Die Beschäftigung mit dem österreichischen und schweizerischen Recht hat uns die nahe Verwandtschaft mit dem deutschen Recht erkennen lassen. Wir fanden in den Verfassungen aller drei Staaten eine ihrem Inhalte nach grundsätzlich gleiche Bestimmung, bei der es auf die Auslegung des Wortes „Rechte" ankam. Die Deutung, die dieses Wort in Oesterreich und in der Schweiz gefunden hat, ist ein weiterer Beweis für die Richtigkeit unserer Auslegung der deutschen Verfassungsbestimmung.

Die Gleichstellung der Landesfremden mit den Landesangehörigen besteht nicht nur bei den politischen, sondern auch bei den bürgerlichen Rechten, mögen sich diese nun als subjektiv-öffentliche Rechte oder als bloße Rechtsrückwirkungen darstellen. Daraus ergibt sich, daß die Länder die Zulassung zu öffentlichen Aemtern und den Staatsprüfungen nicht vom Besitze der Landesangehörigkeit abhängig machen dürfen.

Die Praxis der Länder stimmt jedoch mit der Rechtslage nicht überein. Nur selten werden Landesfremde in den Staatsdienst übernommen oder zu den Staatsprüfungen zugelassen. Im Jahre 1922 erging sogar eine preußische Ministerialverfügung [1]) nach der „Rechtskandidaten nicht preußischer Staatsangehörigkeit oder solche Kandidaten, welche die preußische Staatsangehörigkeit erst vor kurzer Zeit, meist als Studenten, erworben hatten, mit Rücksicht auf die Ueberfüllung der juristischen Laufbahn in Preußen erst dann zur Prüfung zugelassen werden können, wenn die Zustimmung ihres Heimatstaates beigebracht oder sonst die Gewähr dafür geschaffen ist, daß der Kandidat . . . in den heimischen Vorbereitungsdienst aufgenommen wird." Diese Verfügung ist nicht nur verfassungswidrig, soweit sie selbst preußische Landesangehörige, die durch Aufnahme in den Staatsverband Preußen wurden, zurückweist, sondern auch insofern als sie die Landesfremden abweist. Ebenso ist verfassungswidrig der Erlaß des bayrischen Staatsministeriums, daß „Kandidaten, welche die bayrische Staatsangehörigkeit nicht durch Abstammung besitzen, in Bayern nur mit Genehmigung des zuständigen Ministeriums zugelassen werden, die Genehmigung aber in der Regel nicht erteilt werde" [2]).

---

1) abgedruckt in Jur. Ausbild. Vorschr. S. 7.

2) vgl. bei Nawiasky, Bayr. VR. S. 287.

Werden Kandidaten auf Grund solcher Verfügungen wegen ihrer Landesfremdheit abgewiesen, so können sie selbst hiergegen nicht vorgehen, weil ja ein subjektiv-öffentliches Recht auf Zulassung nicht besteht. Sollte das Reich von seinem Aufsichtsrecht gegenüber den Ländern Gebrauch machen und die Aufhebung solcher verfassungswidrigen Vorschriften verlangen, so ist damit auch noch nicht viel erreicht; denn den Ländern ist es möglich gemacht, durch entsprechenden Gebrauch des freien Ermessens bei der Zulassung tatsächlich doch die Landesangehörigen vor den Landesfremden zu bevorzugen.

Der nach der Rechtslage gewollte Zustand wird erst dann Wirklichkeit werden, wenn das Verhältnis der Landesangehörigkeit zur Reichsangehörigkeit eine Aenderung erfährt. Es müßte die Landesangehörigkeit nicht mehr Mittlerin sondern Folge einer primären Reichsangehörigkeit sein. Der Reichsangehörige könnte Landesangehöriger des Landes sein, in dem er seinen Wohnsitz hat; wenn er den Wohnsitz in einem anderen Lande begründet, so erwirbt er dort die Landesangehörigkeit und verliert die bisherige. Bei einer solchen Regelung dürfte es den Ländern gleichgültig sein, welche Landesangehörigkeit der Gesuchsteller besitzt.

Die Zeit für eine solche Aenderung ist günstig. Der jetzigen Reichsregierung ist auf Grund des Ermächtigungsgesetzes die Möglichkeit der Verfassungsabänderung gegeben. An einer Neuregelung der Reichsangehörigkeit wird bereits gearbeitet. Wie verlautet, soll es dem Ausland gegenüber nur noch eine einheitliche deutsche Reichsangehörigkeit geben. Wie weit man die stammesmäßige Gliederung des Reichs im Inland aufrecht erhalten will, muß sich zeigen.

Lebenslauf.

Am 26. Oktober 1907 wurde ich als Sohn des jetzigen Stadtoberinspektors Richard Münnich und seiner Ehefrau Anna, geborene Leu, zu Frankfurt a. d. Oder geboren. Nach vierjährigem Besuch der Volksschule wurde ich Ostern 1918 in die Sexta des Gymnasiums zu Gelsenkirchen aufgenommen. Später trat ich zum Realgymnasium über, an dem ich Ostern 1927 die Reifeprüfung bestand. Vom 1. April 1927 bis zum 31. März 1929 erlernte ich bei der Deutschen Bank, Filiale Gelsenkirchen, das Bankfach.

Ich studierte hiernach vier Semester in Berlin und drei Semester in Marburg die Rechts- und Staatswissenschaften. Am 10. Dezember 1932 bestand ich vor dem juristischen Prüfungsamt bei dem Oberlandesgericht in Kassel die erste juristische Staatsprüfung mit dem Prädikat „Vollbefriedigend." Seit dem 1. April 1933 befinde ich mich als Referendar bei dem Amtsgericht in Wanne-Eickel im Vorbereitungsdienst. Die mündliche Doktorprüfung legte ich am 21. Juli 1933 bei der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Philipps-Universität zu Marburg „cum laude“ ab.